



COORDENAÇÃO EDITORIAL

Jaime Cubides Cárdenas

Antonio Fajardo Rico

DIREÇÃO CIENTÍFICA

Fernando Alves Brito

Ilton Garcia da Costa

Lafayette Pozzoli

**CUESTIONES DIALÉCTICAS EN TORNO A LOS
DERECHOS HUMANOS Y LA PAZ**

Textos seleccionados para grupos de trabajo – Bogotá - 2018

COORDENAÇÃO

Antônio César Bochenek

Jairo Becerra

José Sebastião Fagundes Cunha

Raquel Cristina Ferraroni Sanchez

ORGANIZAÇÃO

Edgardo Torres López

Ivanaldo Santos

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Valter Foletto Santin

Instituto Memória



ORGANIZAÇÃO



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

UCSS



APOIO



© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais

Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 305, Juvevê

CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.

Central de atendimento: (41) 3016-9042

www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

Revisão final realizada pelos próprios autores

O COORDENADOR EDITORIAL é exclusivamente responsável pelo conteúdo (atualidade, legalidade, autorização de uso e autoria) da obra publicada, inclusive recortes, citações, planilhas, ilustrações, imagens e fotos, respondendo em casos de plágio, contrafação, derivação ou apropriação da obra de outrem. O conteúdo da obra não representa, necessariamente, o pensamento da editora, sendo o COORDENADOR EDITORIAL responsável, CIVIL E PENALMENTE, pelas informações e avaliações contidas (opiniões, depoimentos, citações, descrições, etc).

ISBN: 978-85-5523-253-4

CÁRDENAS, J. A. C.

RICO, A. F.

Cuestiones dialécticas en torno a los Derechos humanos y la paz: textos seleccionados para grupos de trabajo – Bogotá - 2018
Coordenação Editorial: Jaime Cubides Cárdenas, Antonio Fajardo Rico. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

750 p.

1. Direitos Humanos. 2. Paz. 3. Dignidade da Pessoa Humana.
4. Filosofia do Direito. I. Título.

CDD: 340

Autores Participantes

Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz
Adriana Cristina Dias Lopes
Ana Carolina de Souza dos Santos
Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho
Andrea Carolina Paternina Fera
Angélica Grandas Ferrand
Antonio Fajardo Rico
Antonio Marchionni
Bruna Escobar Teixeira
Bruno Milenkovich Caixeiro
Camilla Capucio
Charlise Paula Colet Gimenez
Cristina Veloso de Castro
Daniel Mayer de Brum
Daniele de Carvalho Haurani
Débora Gonçalves Tomita
Elídia Aparecida de Andrade Corrêa
Emily Tatiana Fernández Martín
Fausy Vieira Salomão
Fernanda Mendes Sales Alves
Fernando de Brito Alves
Florisbal de Souza Del 'Olmo
Flávia Carrijo Nunes
Gabriel Salazar Curty
Gilmar Antonio Bedin
Greice Daiane Dutra Szimanski
Ilton Garcia da Costa
Isabela Tremeschin Barreira
Jaime Cubides Cárdenas
Jefferson Antonione Rodrigues



João Victor Mendes de Oliveira
Joiceimar Paulo Van Der Sand
José Rafael Bragante
Julián Enrique Pinilla Malagón
Karol Tatiana Muñoz Bernal
Kelvin Nascimento Garcia
Laura Alejandra Gaitán Lancheros
Lucas Coutinho
Manuel Alejandro Pérez Vallejo
Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb
Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira
Mário Augusto Quinteiro Celegatto
Matheus Conde Pires
Mayara Pellenz
Milton Mamani Mamani
Natalia Andrea Torres Galindo
Olívia Costa Lima Ricarte
Paula Andrea Barreto Cifuentes
Pedro Antonio Gonzales Olivera
Philippe Vieira Torres dos Santos
Renan Cauê Miranda Pugliesi
Rhayanne Dutra Machado Mendanha
Ricardo Aparecido de Souto
Rogério Cangussu Dantas Cachichi
Samara Walzburger
Silmara Veiga de Souza
Valter Foletto Santin
Victor José Amoroso de Lima



Apresentação

Este livro é fruto dos profundos debates e interlocuções do V Congresso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y III Congreso por la Paz, que se realizou nos dias 11 e 12 de setembro de 2018, em Bogotá/Colômbia.

Os textos aqui reunidos foram submetidos aos grupos de trabalho do evento de acordo com temáticas centrais de direitos humanos, direito internacional humanitário, paz, teoria da constituição e políticas públicas, teorias do Estado, teorias da justiça, educação, liberdade religiosa, dignidade humana e fraternidade.

Azado é o momento (sempre é) para se discutir tais assuntos. A verdadeira cidadania não prescinde da valorização do outro, ponto sensível na vida cotidiana tão negligenciado hoje em dia; ouve-se não raramente que atualmente a vida humana pouco ou nada vale. Trata-se de conseqüência da sociedade atomizada e individualista em que vivemos.

No intuito de uma América Latina mais fraterna e pacífica, onde os direitos humanos sejam efetivamente observados, advém a contribuição de cada autor para fortalecimento da cultura, da justiça e da paz.

Também a edição traz adjunta a “Carta de Bogotá pela Paz Mundial” documento especial na senda das Cartas de Marília (2016) e de Lima Norte (2017), divulgadas nos respectivos eventos e publicações decorrentes. As Cartas pela Paz Mundial constituem um esforço síntese para mandamentos por um mundo melhor.

Destarte, com grande satisfação apresentamos ao público em geral o fruto deste belo e árduo trabalho, e fazemos votos de que se multiplique e percuta positivamente em nossa América Latina.

Ao final, cabe nosso agradecimento ao Instituto Memória, na pessoa do editor Dr. Anthony Leah, comprometido há anos com a

divulgação da produção acadêmica de qualidade. Ao Juiz Federal Dr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi e ao acadêmico Gustavo França Albano de Paula pelo apoio na organização do material. E ainda, de modo especial, o agradecimento à Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE e à ITAIPU Binacional sem os quais essa publicação não seria possível.

Prof. Dr. Jaime Cubides Cárdenas

UCC – Universidad Catolica de Colombia

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

UNIVEM - Centro Universitário Eurípides de Marília/Brasil

Prof. Dr. Fernando Alves Brito

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná/Brasil

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná/Brasil

Prof. Dr. Antonio Fajardo Rico

UA - Universidad de la Amazonia



Prefácio

Os direitos humanos invariavelmente deram corpo aos reclamos, exigências e súplicas da sociedade civil contra o soberano. Na contemporaneidade, as Grandes Guerras do século XX impactaram-nos firmemente pela capacidade humana de violação de tais direitos. O mundo globalizado de hoje não foi capaz de garantir aos povos as promessas de emancipação na modernidade.

Diante disso, surge a importantíssima responsabilidade da academia em especial quanto à criação de espaços democráticos e livres de reflexão por profissionais, estudantes e pensadores dos mais diversos campos. Nesse eito, destacamos a magnitude do V Congreso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y III Congreso por la Paz, realizado na prestigiada Universidad Católica de Colombia e brilhantemente coordenado pelo Prof. Dr. Jaime Cubides Cárdenas.

O mencionado evento já produziu inúmeros resultados positivos nesse campo. Prova disso é o livro que ora temos a honra de prefaciar e que há de ser divulgado ao maior número de pessoas na América Latina.

O debate não deve ser restrito a círculos específicos, deve ser permanente e amplo no seio da sociedade civil. O tema dos direitos humanos deve ser elemento constante na nossa coletividade como parte da constituição e paulatina construção de um agrupamento social cada vez mais democrático numa rua de mão dupla entre Estado e sociedade civil.

Nesse contexto, vale repisar, constitui missão da academia discutir problemas e apresentar propostas para solução, contribuindo com a divulgação e a consolidação democrática da cidadania.

A desigualdade social provoca perda do sentimento de pertença do cidadão, a sensação de impotência na participação

democrática. Força convir longe estamos de um cenário social favorável à atuação em igualdade de condições de todos. Daí a nobreza do assunto e a relevância da discussão para aprimoramento democrático da sociedade em especial em tempos de globalização.

Todo esse exuberante conteúdo revela-se de fulcral importância para o entendimento e a correta percepção do singular momento jurídico, histórico e sociológico em que vivemos hodiernamente na América Latina.

Sendo assim, com nosso agradecimento à Universidad Católica de Colombia na pessoa de professor Dr. Jaime Cubides Cárdenas, fazemos votos de que o diálogo em torno do tema dos direitos humanos, do direito internacional humanitário e da paz nunca cesse, mantenha-se vivo e permanente no recôndito da das sociedades latino-americanas. Para tanto urgia vir a lume uma obra como essa, resultante da reunião de forças em prol da paz e da justiça. Boa leitura!

Prof. Dr. Antônio César Bochenek

AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil

Prof. Dr. Jairo Becerra

UCC – Universidad Catolica de Colômbia

Prof. Dr. José Sebastião Fagundes Cunha

CESCAGE - Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Sumário

**A POSSIBILIDADE DA PAZ NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA:
A CULTURA DE PAZ EM FACE DA GUERRA 17**

Bruna Escobar Teixeira

Charlise Paula Colet Gimenez

**A COMUNIDADE JUSTA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO
DESENVOLVIMENTO DA PAZ NAS RELAÇÕES HUMANAS EM
SOCIEDADE 31**

Daniel Mayer de Brum

**O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E O CHAMADO NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: AVANÇO OU
RETROCESSO? 51**

Gilmar Antonio Bedin

Joice mar Paulo Van Der Sand

**SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y TRATADOS
INTERNACIONALES: RELACIÓN EN EL DERECHO
COLOMBIANO 65**

Karol Tatiana Muñoz Bernal

Julián Enrique Pinilla Malagón

**APLICACIÓN HERMENEÚTICA DE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA
PAZ 83**

Angélica Grandas Ferrand

Jaime Cubides Cárdenas

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS: UM NOVO MECANISMO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 108

João Victor Mendes de Oliveira
Mário Augusto Quinteiro Celegatto
Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb

OS PRINCÍPIOS DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA FRATERNIDADE.. 132

Greice Daiane Dutra Szimanski
Charlise P. Colet Gimenez

PAX ET RELIGIO (PAZ E RELIGIÃO) 143

Antonio Marchionni

LIBERTAD RELIGIOSA Y EDUCACIÓN, CAMINO DE PAZ 154

Pedro Antonio Gonzales Olivera

EDUCAÇÃO: ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA 170

Fernanda Mendes Sales Alves
Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho

EDUCAÇÃO E O RESPEITO NA RELAÇÃO DE GÊNERO 183

Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira
Victor José Amoroso de Lima

DIREITO, DIGNIDADE HUMANA E FRATERNIDADE: VIOLÊNCIA E CORDIALIDADE SIMBÓLICA COMO ARMA PARA UMA EDUCAÇÃO CIDADÃ NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO.... 198

Gabriel Salazar Curtly
Jefferson Antonione Rodrigues

DA CRISE DO PARADIGMA DOMINANTE DO DIREITO QUANTO A PERSPECTIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SUPRANACIONAIS: EM BUSCA DE HARMONIAS COMUNITÁRIAS 227

Bruno Milenkovich Caixeiro
Kelvin Nascimento Garcia
Rogério Cangussu Dantas Cachichi

TASA DE MORTALIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (NNA) EN LA GUAJIRA: ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA 252

Andrea Carolina Paternina Feria
Jaime Cubides Cárdenas
Paula Andrea Barreto Cifuentes

COMUNIDADES TRADICIONAIS MINORITÁRIAS: UMA APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA A PAZ E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA 275

Fernando de Brito Alves
Elídia Aparecida de Andrade Corrêa
Matheus Conde Pires

FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DOS POVOS TRADICIONAIS EM SUA RELAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E OS HORIZONTES DO “BUEN VIVIR” 299

Mayara Pellenz
Camilla Capucio

DEMOCRACIA RACIAL E IGUALDADE MATERIAL: ENTRE AÇÕES AFIRMATIVAS E MOBILIZAÇÃO SOCIAL 320

Renan Cauê Miranda Pugliesi

MGF: O DRAMA POUCO ANUNCIADO DAS MULHERES LATINAS..... 342

Olívia Costa Lima Ricarte

LA CRISIS MIGRATORIA: UNA CUESTION SOCIAL DE ESPECIAL ATENCION 362

Natalia Andrea Torres Galindo

Jaime Cubides Cárdenas

CAMINHOS À SUPERAÇÃO DA EXCLUSÃO: REFLEXÕES SOBRE O ASILO, REFÚGIO E APÁTRIDAS 383

Ricardo Aparecido de Souto

Valter Foleto Santin

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

O ABOLICIONISMO PENAL DE LOUK HULSMAN COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA PAZ 406

Philippe Vieira Torres dos Santos

Fausy Vieira Salomão

Cristina Veloso de Castro

LOS NIÑOS, LAS VICTIMAS PERFECTAS DEL FENÓMENO DE TRATA DE PERSONAS 427

Laura Alejandra Gaitán Lancheros

Jaime Cubides Cárdenas

A AFERIÇÃO DA INIMPUTABILIDADE PENAL E O EXAME CRIMONOLÓGICO COMO INSTRUMENTOS DE PAZ NO CÁRCERE 443

Milton Mamani Mamani

Fausy Vieira Salomão

Cristina Veloso de Castro

DVA COMO FERRAMENTA DE ANÁLISE E DISTRIBUIÇÃO DE RIQUEZA NO ÂMBITO ORGANIZACIONAL 468

Ana Carolina de Souza dos Santos

José Rafael Bragante

Lucas Coutinho

DUMPING SOCIAL: ANÁLISE DE SEU IMPACTO NOS VÍNCULOS DE TRABALHO 480

Adriana Cristina Dias Lopes

Ilton Garcia da Costa

Marcos Paulo S. B. Merheb

DESAFIOS DO MULTICULTURALISMO PARA O DIREITO ARBITRAL E OS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS 501

Rhayanne Dutra Machado Mendanha

Florisbal de Souza Del 'Olmo

LA HUMANIDAD A FAVOR O EN CONTRA DE LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE 512

Manuel Alejandro Pérez Vallejo

Jaime Cubides Cárdenas

Antonio Fajardo Rico

A SUSTENTABILIDADE E ÁGUAS NA UNASUL: O QUE A JUSTIÇA ECOLÓGICA TEM A NOS DIZER? 531

Mayara Pellenz

Samara Walzburger

REFLEXOS SOBRE A RECICLAGEM E OS IMPACTOS DIRETOS E INDIRETOS NA QUALIDADE DE VIDA E NO MEIO AMBIENTE. 555

Flávia Carrijo Nunes

NUEVOS SUJETOS DE DERECHO NO HUMANOS, LA RESPUESTA DE COLOMBIA FRENTE A LA NECESIDAD DE REGULARLOS 572

Emily Tatiana Fernández Martín

Julián Enrique Pinilla Malagón

A CONVENÇÃO DE RAMSAR E A DECRETAÇÃO DA APA-CIP COMO SÍTIO RAMSAR 589

Silmara Veiga de Souza

Ilton Garcia da Costa

DIREITO AO ESQUECIMENTO E SEU FUNDAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO 609

Daniele de Carvalho Haurani

João Victor Mendes de Oliveira

Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ. EVALUACIÓN Y CAMBIOS AL MODELO CONSTITUCIONAL DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA 635

Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA A PAZ E EFETIVAÇÃO DO DIREITO DO ACESSO À JUSTIÇA 663

Débora Gonçalves Tomita

Ilton Garcia da Costa

CRUZANDO FRONTEIRAS EM BUSCA DA PAZ: A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PERANTE OS IMIGRANTES..... 691

Isabela Tremeschin Barreira

**ISS SOBRE OS SERVIÇOS DE STREAMING: UMA ANÁLISE
SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE JURÍDICA E
TRIBUTÁRIA..... 706**

Ana Carolina de Souza dos Santos

José Rafael Bragante

Lucas Coutinho

ANEXO 720

POSFÁCIO 734



A POSSIBILIDADE DA PAZ NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: A CULTURA DE PAZ EM FACE DA GUERRA

Bruna Escobar Teixeira¹

Charlise Paula Colet Gimenez²

INTRODUÇÃO

Hodiernamente, o mundo suporta um afastamento das noções de paz, igualdade, justiça e afetividade. No lugar desse desvio de pensamento, cresce a percepção sobre a guerra, ou como pode ser enquadrado, o terrorismo. Por intermédio desse conflito, os direitos humanos são ameaçados.

Essa situação carece de uma modelo de respostas humanas e que seja efetivo. Tratar sobre o encontro e a conservação da paz requer um relevante movimento por parte da sociedade. É preciso predominar os bons sentimentos perante as sensações que encorajam os conflitos. Diante dessa situação, questiona-se: é possível alcançar a paz na sociedade contemporânea, realçando a cultura da paz como uma forma de dizimar as guerras?

¹ Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Graduada em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (CNEC/IESA). Integrante do Grupo de Pesquisa, registrado no CNPq, Tutela dos Direitos e sua Efetividade vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado da URI. Advogada. E-mail: bruna-escobar@hotmail.com.

² Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, todos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões (URI), Campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPq. Advogada. E-mail: charcoletgimenez@gmail.com.

Assim, a pesquisa objetiva tratar o problema da paz na sociedade contemporânea, dispondo como ponto de partida as considerações de pensadores, notadamente Kant e Santo Agostinho, sob a justificativa de descobrir a paz autêntica. Para cumprir com o objetivo referido, utilizou-se do método monográfico, a partir de pesquisas em fontes bibliográficas, tais como livros e artigos publicados relativos ao assunto.

A escrita se divide em três partes e apresenta na primeira delas considerações acerca da guerra, utilizando, para isso, os argumentos de Nietzsche para justificar a presença e permanência dos conflitos. Posteriormente, a discussão versa sobre as características e reflexões acerca do estudo da paz, utilizando como base teórica Tomás de Aquino, Saint-Pierre, Jeremy Bentham, entre outros. Por fim, o texto aborda sobre o caminho a ser trilhado para alcançar a cultura da paz, bem como as principais questões acerca desse rumo para, conseqüentemente, implementar a paz.

1 A MANIFESTAÇÃO DA GUERRA

O conceito de guerra se modifica instantaneamente. A definição deixa de ser estatal e “transforma-se num fenômeno geral, global e interminável” (HARDT; NEGRI, 2014, p. 21). Isto é, “em determinados momentos e lugares, pode haver cessação das hostilidades, mas a violência letal está presente como potencialidade constante, sempre pronta a irromper em qualquer lugar” (HARDT; NEGRI, 2014, p. 23).

Dessa forma, não se trata de guerras únicas e isoladas, mas de um estado generalizado de guerra. A permanência desse estado impede de ver, claramente, uma diferença entre guerra e paz, produzindo a incapacidade de imaginar uma paz verdadeira ou de possuir esperança (HARDT; NEGRI, 2014, p. 23). Logo, a humanidade encontra-se em uma situação “que não dispõe nem de bons argumentos para justificar o evento, nem de remédios seguros para mantê-los distante” (BOBBIO, 2009, p. 38). Como forma de justificar a presença da guerra, Ivaldo Santos relata que para Nietzsche,

a guerra é a melhor forma de manifestação das formas vivas que vão refazer, recompor e até mesmo inaugurar uma nova realidade. De certo sentido, impedir a manifestação da guerra é impedir o próprio ciclo natural da vida, da substituição de indivíduos fracos e doentes por indivíduos jovens e fortes, pela superação do homem por algo que, em tese, será construído pelo próprio homem, mas será melhor que o homem. É por isso que Nietzsche vê a paz como a manifestação do homem-rebanho, do homem cortado, obediente, do homem incapaz de superar desafios, de superar a si mesmo em busca de uma humanidade melhor e superior (2018, p. 25).

Por outro lado, se a guerra atingir um aspecto de normalidade, o estado de exceção se torna regra, ofuscando cada vez mais a distinção ente guerra e política. Assim, a guerra transforma-se em princípio básico de organização, corroborando com a tese de Carl Von Clausewitz de “que a guerra nada mais é do que a continuação da política com outros meios” (1996, p. 70).

Diante desses argumentos teóricos, ocorre que, na realidade, os indivíduos atuam “dominados pelo pânico diante da insegurança, o que anula qualquer possibilidade de reflexão. Cada pessoa torna-se, nesse processo, inimiga potencial da outra. A vida nas grandes cidades passa a ser então o terreno de uma luta de todos contra todos” (WERMUTH, 2015, p. 58). Ademais, entra-se “numa nova era de guerra paranoica em que a principal tarefa será identificar o inimigo e suas armas. Nessa nova guerra, os agentes vão cada vez menos assumir publicamente os seus atos” (ŽIŽEK, 2003, p. 56).

Ainda, a guerra, considerada uma relação social permanente, esbarra em pequenas comunidades em transformação, ou seja, indivíduos reeducados a aceitar, entender o conflito e a reagir em relação ao mesmo.

2 A TRAJETÓRIA DA PAZ

Em novembro de 1997, a Organização das Nações Unidas (ONU) proclamou o ano 2000 como Ano Internacional da Cultura da Paz, “marcando o início de uma mobilização mundial e de uma aliança global de movimentos existentes, para juntos transformar os princípios norteadores da cultura de paz em ações concretas” (NOLETO, 2010, p. 11). A denominada proclamação possuía como objetivo uma Declaração e um Programa de Ação sobre a cultura da paz que apontara “três objetivos prioritários: pensar a paz, educar

para a paz e sensibilizar para a paz (AURÉLIO, 2000, p. 18). Ademais, em novembro de 1998, a ONU proclamou a década 2001-2010, “como a Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo a fim de reforçar o movimento global formado e apontando a UNESCO como agência líder para a Década” (NOLETO, 2010, p. 11). Como fundamento dessas ações, Kofi Annan, enquanto Secretário-Geral das Nações Unidas, define:

a verdadeira paz é muito mais do que a ausência de guerra. É um fenômeno que envolve desenvolvimento econômico e justiça social. Supõe a salvaguarda do ambiente global e o decréscimo da corrida aos armamentos. Significa democracia, diversidade e dignidade; respeito pelos direitos humanos e pelo estado de direito; e mais, muito mais (PUREZA, 2000, p. 36).

Seguindo a esteira de Kofi Annan, no sentido de conceituar a paz. Raymond Aron aborda que a paz “tem aparecido como a suspensão, mais ou menos durável, das modalidades violentas da rivalidade entre os Estados” (2002, p. 220). Da mesma forma, Jorge Vieira da Silva afirma que

a palavra paz, usualmente, significa a ausência da guerra. Os termos guerra e paz seriam, nesse caso, opostos, antônimos. São, portanto, situações extremas. E estão, de fato, situadas em polos opostos. Mas entre uma e outra existem situações e estágios intermediários (SILVA, 2002, p. 36).

Nas palavras de Felipe Mac Gregor, a paz

es dinámica. La paz es la solución justa – no violenta – de los conflictos y genera el equilibrio en las interacciones sociales. Ella se da cuando en la sociedad todos sus miembros viven en relación armoniosa (MACGREGOR, 1986, p. 56).

Anterior as ações da ONU e da variedade de conceitos que giram em torno do tempo “Paz”, é indispensável analisar a evolução

dos estudos sobre paz, por intermédio dos pensamento e reflexões filosóficas de pensadores medievais e modernos.

Para Santo Agostinho a paz deve ser pensada por meio de cinco níveis. O primeiro refere-se à paz como a última realização do homem. O segundo está ligado a Lei Natural, o homem deve seguir a Lei Natural para alcançar a paz. O terceiro reporta à prosperidade material, bem como crescimento econômico e social. O quarto trata a perseguição da paz por aqueles detêm poder. Por fim, o quinto é a ordem que resulta dos níveis anteriores, isto é, a paz como consequência (SANTOS, 2018, p. 22-23).

O próximo pensador medieval é Tomás de Aquino. O filósofo concorda com o resultado dos cinco níveis, mas acrescenta quatro argumentos. O primeiro argumenta que a paz está além de acordos diplomático, é a busca pela essência do ser humano. O segundo refere-se a equilíbrio interno de cada pessoa. O terceiro menciona que além do ser humano possuir um equilíbrio interno, também deve ter um grupo, Estados, ou seja, cada grupo social deve construir sua paz interna. O quarto reporta para uma educação para a ética. “Sem uma educação para a vida ética jamais qualquer indivíduo, seja leigo, seja religioso, seja político ou de outra natureza, jamais irá ser um agente da paz” (SANTOS, 2018, p. 23-24).

Dos séculos XVI ao XIX, durante o pensamento pacifista moderno, surgiram três correntes: a teoria do irenismo cristão, a teoria da cidade pacífica ideal e a teoria do federalismo internacional. Tais teorias possuem como objetivo principal buscar o fundamento da paz (SALATINI, 2014, p. 33-34). Assim, nota-se que

o tema da paz perpétua caminhou, paulatinamente, de uma concepção religiosa, segundo a qual a paz perpétua se define pela perfeita relação entre “a carne e o espírito” (como em Pico); para uma concepção moral, segundo a qual a paz perpétua se define pelas virtudes morais do príncipe (como em Erasmo); alcançando uma concepção política, entendida como a melhor forma de relação recíproca entre os governantes dos Estados (como em Gentili), até culminar, finalmente, na imaginação de uma estrutura internacional permanente (confederativa ou federativa, segundo a volição de cada filósofo) baseada num acordo eterno entre os governantes (como em Condorcet). É esta última concepção que será desenvolvida pelos grandes teóricos iluministas da paz perpétua (SALATINI, 2014, p. 36).

Assim como Nietzsche e sua teoria do *Superman*, Hegel vê a guerra como virtude e acrescenta o conceito de necessidade eterna, ou seja, “um elemento que é capaz de, ao longo da história, mover o ser humano, ser um motor capaz de fazer os acontecimentos históricos se sucederem” (SANTOS, 2018, p. 24).

Já a teoria de Saint-Pierre que está baseada na condenação irrenunciável da característica anárquica do sistema internacional. Na mesma esteira, Rousseau também defende o modelo federativo e o modelo para alcançá-la seria o uso da força, diferente de Saint-Pierre que propunha como meio a pura vontade dos governantes (SALATINI, 2014, p. 36-40). O próximo passo em relação ao estudo da paz foi dado pelo filósofo Jeremy Bentham com seu ensaio sobre um plano para uma paz universal e perpétua, que consiste em “reduzir e fixar a força das diversas nações que compõem o sistema internacional europeu e emancipar as diversas colônias europeias (SALATINI, 2014, p. 40). Para Bentham

4) Quanto à utilidade de tal paz universal e duradoura, supondo-se um plano praticável para esse propósito e provável de ser adotado, só pode haver uma única voz. A objeção, e a única objeção a isso, é sua aparente impraticabilidade – que ele é não somente impossível, mas em tal grau que qualquer proposta nesse sentido merece o nome de visionária e ridícula. Devo empenhar-me, em primeiro lugar, em remover essa objeção, pois a remoção desse preconceito pode ser necessária para angariar audiência para o plano (2012, p. 166).

Posteriormente, o pensamento de Kant que inicia no estado de natureza, passando pela sociedade civil (relações entre o Estado e os indivíduos); “depois, à sociedade civil internacional (onde se desenvolvem as relações recíprocas entre os Estados)³; e, por fim, à sociedade cosmopolita (onde se desenvolvem as relações entre o Estado e os indivíduos estrangeiros)” (SALATINI, 2014. p. 42). Desse

³ Pode-se denominar de relação anárquica. A anarquia que Kant observa não é um reino do vazio onde campeia, sem limites, a lei do mais forte – é antes uma anarquia regulada, onde o direito mais do que o medo tem uma função reguladora efetiva. Por outro lado, Kant acrescenta à convicção comum na igualdade essencial dos Estados um destaque dado à diferenciação do seu perfil de comportamento, cuja fundamentação é o modo de governação interno de cada um. Em Kant, ao contrário de Hobbes, a política interna é um dado fundamental da equação da paz e da guerra (PUREZA, 2009, p. 27).

modo, trata-se de uma construção “estrutural (perpétua) e não ocasional ou circunstancial (PUREZA, 2009, p. 27). Conforme Kant,

o estado de paz entre os homens que vivem juntos não é um estado de natureza (status naturalis), o qual é antes um estado de guerra, isto é, um estado em que, embora não exista sempre uma explosão das hostilidades, há sempre todavia uma ameaça constante. Deve, pois, instaurar-se o estado de paz; a omissão de hostilidades não é ainda a garantia de paz e, se um vizinho não proporcionar segurança a outro (o que só pode acontecer num estado legal), cada um pode considerar como inimigo a quem lhe exigiu tal segurança (2008, p. 10).

Nessa linha, acrescenta-se o sociólogo Johan Galtung que retoma o debate sobre a conceituação da paz a fim de, como os demais filósofos, encontrar uma forma de romper com o ciclo do conflito e proporcionar a paz.

Johan estuda a palavra paz, abordando os conceitos de paz positiva e paz negativa. A paz negativa seria a ausência da guerra, o que não elimina o fato de o conflito existir. Já a paz positiva “implica ajuda mútua, educação e interdependência dos povos. A paz positiva vem a ser não somente uma forma de prevenção contra a guerra, mas a construção de uma sociedade melhor, na qual mais pessoas comungam do espaço social” (SILVA, 2002, p. 36). Compreende-se para este autor a existência da guerra, da paz positiva, denominada como paz verdadeira, e negativa.

Ainda conforme Galtung, esses estágios estão inseridos nas formações sociais. Logo, o “resultado seria uma outra ordem social e uma outra estrutura social, baseadas mais em sanções positivas” (2005, p. 75).

Percebe-se que muitas teorias surgem para tratar sobre o tema da paz. Hoje é possível visualizar a paz como um processo, uma construção “através de políticas e intervenções orientadas primordialmente para afirmar a vida das pessoas e produzir um mundo melhor, mais igualitário e justo, livre das manifestações diretas e indiretas de violência” (OLIVEIRA, 2017b, p. 153).

Outrossim, torna-se interessante abordar uma das teorias contemporâneas investidas por Maria Raquel Freire e Paula Duarte Lopes sobre o conceito de *peace web* que se fundamenta nas definições de culturas de pazes e identifica quatro áreas de

intervenção: promoção da paz, *peacemaking*, *peacekeeping* e *peacebuilding*. “Estas áreas distintas de intervenção encontram-se estruturadas em culturas de pazes e, combinadas, resultam numa estratégia sustentável para a paz, que por sua vez implica um retorno ao valor central da paz” (FREIRE; LOPES, 2008, p. 14).

Portanto, é fundamental estudar as principais teses sobre a paz, bem como relacionar conceitos e considerar o período histórico para que o próximo passo a ser dado, em relação a permanência da paz, seja mais correto.

3 A POSSIBILIDADE PELA CULTURA DA PAZ

Hodiernamente, a mídia é responsável por causar ao mundo um sentimento de repulsa indignação e pesar, por intermédio de fotos que não deveriam existir. As imagens traduzem uma realidade, ou melhor, “apontavam para outro lugar, para além delas mesmas, para uma vida e uma precariedade que elas não conseguiam mostrar” (BUTLER, 2011, p. 31). Por meio dessa visibilidade, a sociedade desenvolve um importante consentimento contra a guerra. Por isso, a importância de não desconsiderar as palavras e fotos que transmitem essa mensagem. Se a mídia não divulgar imagens e se as vidas continuarem “inominadas e não lamentadas, se elas não aparecerem em toda sua precariedade e destruição, não nos emocionaremos com elas. Não retornaremos àquele senso de indignação ética que é, distintivamente, para um Outro e em nome de um Outro” (BUTLER, 2011, p. 31). Ademais,

seria preciso escutar o rosto à medida que ele fala em uma outra forma que a linguagem para entender a precariedade da vida que está em jogo. No entanto, qual mídia nos permitirá saber e sentir essa fragilidade, saber e nos sentir nos limites da representação como essa é, correntemente, cultivada e mantida? Se as humanidades têm algum futuro como crítica cultural, e a crítica cultural tem uma tarefa no presente momento, é, sem dúvida, no sentido de nos fazer retornar ao humano aonde não esperamos encontrá-lo, em sua fragilidade e nos limites de sua capacidade de fazer sentido (BUTLER, 2011, p. 32).

Assim, torna-se imprescindível traçar uma linha de raciocínio entre os pensadores, acerca do tema da paz, a fim de compreender quais as relações entre as suas teorias.

Para Kant, a ideia da paz perpetua compreende que o ser humano vivencie níveis mais altos de arte, estética e desenvolvimento cultural. Tal experiência pode vir ao encontro de Nietzsche e sua teoria do *superman*, ou seja, “aperfeiçoamento de potencialidades humanas sem, todavia, cair na recusa de aceitar o cotidiano, o cidadão comum e a vida simples” (SANTOS, 2018, p. 28).

Hegel relata que cada Estado “é uma entidade individual e não existe um princípio universal, intra-histórico, que possa transcender as particularidades dos Estados e, com isso, resolver os litígios sem o uso da força militar” (SANTOS, 2018, p. 29). Kant excede Hegel porque aceita o Estado como componente central, mediador, na ordenação da vida moderna. Ocorre porque o Estado é defendido pelo cidadão, por assembleias democráticas e por organizações nacionais e internacionais. Assim, é possível a existência de acordo duradouro que promova a paz.

Nessa linha, Rousseau critica a existência de uma paz duradoura. Já Saint-Pierre apostava em um governo coletivo na paz permanente, onde “os mais fracos teriam segurança suficiente de que o maior poder dos mais fortes não os poderia prejudicar, e de que cada qual manteria exatamente as promessas recíprocas” (SAINT-PIERRE, 2003, p. 6). Da mesma forma Bentham e Kant possuem distinções acerca do plano para a paz:

Enquanto Kant argumenta que a felicidade de um povo ou finalidade da política não deve ser levada em conta, mas antes as ações entre nações devem ser reguladas pelo imperativo categórico (uma máxima lei que possa ser simultaneamente uma lei universal), Bentham ressalta, embasado em seu princípio de utilidade, que é fundamental levar em consideração a felicidade ou finalidade das ações entre nações, porque só assim seria possível efetuar um cálculo entre benefício e custo, prazer e dor, capaz de indicar que a manutenção da paz é mais vantajosa do que o estabelecimento da guerra (DIAS, 2015, p. 162-163).

Ainda, para São Tomás de Aquino, que aposta na ordem para alcançar, e para Johan Galtung, que trata sobre a paz negativa e positiva, permanece complexa a “dissociação dos termos, visto que - em um argumento simplificado e não levando em considerações conceituções, apenas o momento da guerra ou o momento da paz - quando há ausência de guerra teríamos a paz e na ausência da paz, teríamos a guerra” (OLIVEIRA, 2017a, p. 318).

Mesmo superando as teorias de Nietzsche e Hegel, a teoria de Kant entra em crise no século XXI, pois não consegue “amenizar ou encaminhar os conflitos nacionais e regionais e, muito menos, os grandes conflitos e interesses internacionais” (SANTOS, 2018, p. 30). Para dar continuidade a atualização da teoria é preciso compreender que a mesma deve ser tratada como uma solução efêmero e baseada no momento histórico específico.

Como uma solução, sugere-se uma conexão entre Kant e Santo Agostinho. Assim, Santo Agostinho

leva em consideração os níveis de coerção da sociedade (o direito, o Estado, etc), os conflitos sociais e a dinâmica histórica [...]. Ele vai além. Ele propõe um processo de pacificação que leve em consideração os elementos e conflitos socioculturais, mas, ao mesmo tempo, tenha a presença da dimensão ética (Montagna, 2009), enquanto elemento de harmonização social, e a dimensão mística e ontológica.

Geralmente, as discussões sobre a paz perpétua estão carregadas de normatividade de excluem a dimensão mística, vital, poética. No Entanto, a proposta de Kant possui validade, pois “ainda existem muitos espaços que necessitam ser ampliados e melhor aproveitados para a participação ativa do cidadão na vida pública e, com isso, diluir os conflitos socioculturais”. Nesse sentido, Santo Agostinho complementa a teoria. Trata-se de Uma proposta que, “ao mesmo tempo, garanta os espaços de decisões democráticos, os espaços de negociações políticas e diplomáticas (proposta de Kant) e garanta ao indivíduo o acesso a dimensão ética, religiosa-mística, ontológica, artística e estética (proposta de Santo Agostinho)” (SANTOS, 2018, p. 32).

Comumente, a paz surge de demasiadas intervenções que, aparentemente, é necessário. Trata-se de “paz muito diversas, desde a paz da vitória militar à paz institucional que garante a governação, passando pela paz constitucional assente na democracia e na liberdade económica e pela paz civil fundada no respeito dos direitos e liberdades individuais” (PUREZA, 2011, p. 15).

A cultura da paz presume uma dinâmica de transformação, “o que significa que a cultura da paz comporta não apenas uma mudança no modo como a chamada “alta cultura” lida com a

realidade, mas, mais que isso, uma mudança na maneira como o senso comum aborda as relações sociais” (PUREZA, 2000, p.36). Busca-se um novo senso comum. Refere-se a uma

contracultura que cultiva a tese de uma sociedade global de pessoas, para lá das fronteiras políticas dos Estados. Em Kant, o travejamento desta linha de pensamento expressa-se na convicção de que a consciencialização dos horrores da guerra fará emergir progressivamente os verdadeiros interesses da humanidade e rejeitar o sistema de divisão em Estados em que radica a origem da conflitualidade crescente. A solução do magno problema da guerra e da paz reside, pois, na superação da cultura política fragmentária por uma cultura de solidariedade humana transnacional (PUREZA, 2000, p. 38).

Nesse sentido, Federico Mayor Zaragoza afirma que “si quieres la paz, contribuye a prepararla con tu conducta cotidiana” (2007, p. 23). Assim, a paz deve ser aceita pela sociedade como uma responsabilidade de todos, não apenas das instituições políticas ou militares.

A verdadeira paz permanecerá quando a sociedade for capaz de compreender que há uma cultura a ser implementada a fim de resgatar a capacidade de reflexão do ser humano, abordando aspectos sociais, éticos e fraternos.

CONCLUSÃO

Diante do problema exposto, fundamentado na possibilidade de alcançar a paz na sociedade contemporânea, realçando a cultura da paz como uma forma de dizimar as guerras, discorreu-se acerca da guerra e como as teorias incidem nesse conflito e torneiam caminho para a paz.

Verificou-se que a guerra se tornou um fenômeno universal, transformando-se facilmente de acordo com o contexto em que se insere. Ademais, observou-se que há argumentos que reforçam a importância da presença desse conflito, bem como há posicionamentos que insistem em suprimir o mesmo.

Analisou-se, ainda, a evolução histórica dos estudos sobre a paz, por intermédio dos seguintes pensadores: Santo Agostinho, Tomás de Aquino, Nietzsche, Hegel, Saint-Pierre, Rousseau, Jeremy Bentham, Johan Galtung e Kant. A partir dessa relação entre autores,

compreende-se que todas as teorias possuem fundamental importância, pois contribuem para uma tese final, ou seja, um filtro das principais ideias a se tornarem a ideia.

Ademais, constatou-se que a conexão das teorias de Santo Agostinho e Kant formam o melhor percurso a atingir o objetivo desta pesquisa. Outrossim, como elementos para uma reflexão acerca da cultura da paz, nota-se uma necessária transformação cultural. Trata-se de uma alteração do senso comum, da educação e das instituições que impõem papéis sociais.

Por meio desta pesquisa, conclui-se que a cultura da paz pode estar mais próxima do que se imagina, considerando que é de responsabilidade de cada ser humano selecionar os sentimentos. É possível pensar a cultura da paz como um objetivo e, assim, estabelecer uma renovação da paz, talvez perpétua, na sociedade contemporânea. A paz deixa de ser utopia.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. **Paz e Guerra Entre as Nações**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002.

AURÉLIO, Diogo Pires. Pensar a Paz. **Revista Nação e Defesa**, n. 95/96, 2ª série, p. 15-19, outono-inverno, Lisboa, 2000. Disponível em: <<https://www.idn.gov.pt/publicacoes/nacaodefesa/textointegral/NeD95-96.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BENTHAM, Jeremy. Ensaio IV: um plano para uma paz universal e perpétua. **Brazilian Journal of International Relations**, v.1, n.1, p.165-192, jan./abr. Marília, 2012. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/bjir/article/view/1832/1537>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BOBBIO, Norberto. **O Terceiro Ausente**: ensaios e discursos sobre a paz e a guerra. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP, Manole, 2009.

BUTLER, Judith. Vida precária. **Contemporânea: revista de sociologia da UFSCar**, n.1, p. 13-33. São Carlos, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.rogerioa.com/resources/Diversidade/12repres.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da Guerra**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. O Direito e a Ética em Bentham e Kant: uma comparação. **Revista Trans/Form/Ação**, v. 38, n. 1, p. 147-166, jan./abr., Marília,

2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v38n1/0101-3173-trans-38-01-0147.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2018.

FREIRE, Maria Raquel; LOPES, Paula Duarte. Reconceptualizar a Paz e a Violência: uma análise crítica. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 82, p. 13-29, Setembro, 2008. Disponível em: <<https://acervodigital.ssp.go.gov.br/>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

GALTUNG, Johan. Três Formas de Violência, Três Formas de Paz: a paz, a guerra e a formação social indo-europeia. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 71, p. 63-75, junho, 2005. Disponível em: <<https://www.ces.uc.pt/publicacoes/rccs/artigos/71/RCCS71-Johan%20Galtung-063-075.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na Era do Império. Rio de Janeiro: Record, 2014.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Tradução: Artur Morão, Covilhã, 2008.

MACGREGOR, Felipe. **Cultura de Paz**. Lima: Ministerio de Educación, Comisión Nacional Permanente de Educación para la Paz. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 1986. Disponível em: <<http://www.culture-of-peace.info/history/CulturaDePaz.html>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

NOLETO, Marlova Jovchelovitch. A Construção da Cultura de Paz: dez anos de história. In: **Cultura de Paz**: da reflexão à ação; balanço da Década Internacional da Promoção da Cultura de Paz e Não Violência em Benefício das Crianças do Mundo. Brasília: UNESCO; São Paulo: Associação Palas Athena, p. 11-22, 2010. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001899/189919por.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

OLIVEIRA, Alana Camoça Gonçalves de. Hobbes, Rousseau e Kant: um debate teórico sobre a guerra e a paz no cenário internacional. **Revista Conjuntura Global**, vol. 6 n. 3, p. 317 - 336, set./dez, 2017a. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/conjglobal/article/download/47741/34529>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

OLIVEIRA, Gilberto Carvalho de. Estudos da Paz: origens, desenvolvimentos e desafios críticos atuais. **Revista Carta Internacional**, v. 12, n. 1, p. 148-172, Belo Horizonte, 2017b. Disponível em: <<https://cartainternacional.abri.org.br/Carta/article/view/611>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

PUREZA, José Manuel. Construções Teóricas da Paz. **Relatório da Unidade Curricular**. Programa de Doutoramento em Política Internacional e Resolução de Conflitos da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2009. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/13062/1/Constru%C3%A7%C3%B5es%20te%C3%B3ricas%20da%20paz.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

PUREZA, José Manuel. Estudos sobre a Paz e Cultura da Paz. **Revista Nação e Defesa**, n. 95/96, 2ª série, p. 33-42, outono-inverno, Lisboa, 2000. Disponível em:

<<https://www.idn.gov.pt/publicacoes/nacaodefesa/textointegral/NeD95-96.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

PUREZA, José Manuel. O Desafio Crítico dos Estudos para a Paz. **Relações Internacionais**, n. 32, p. 05- 22, dez. 2011. Disponível em:

<<http://www.scielo.mec.pt/pdf/ri/n32/n32a01.pdf>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

SAINT-PIERRE, Abbé de. **Projeto para Tornar Perpétua a Paz na Europa**. IPRI/FUNAG. Editora UnB. 2003.

SALATINI, Rafael. O Tema da Paz Perpétua. In: SALATINI, Rafael (Org.).

Reflexões Sobre a Paz. Marília: Oficina Universitária; [São Paulo]: Cultura Acadêmica, p. 33-50, 2014. Disponível em:

<<http://www.marilia.unesp.br/Home/Publicacoes/reflexoes-sobre-a-paz.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

SANTOS, Ivanaldo. O Problema da Paz na Sociedade Contemporânea: um diálogo entre Santo Agostinho e Kant. **Actas del II Congreso Latinoamericano por la Paz**, Universidad Católica Sedes Sapientiae, p. 17-34, abril, 2018.

Disponível em: <<https://www.ucss.edu.pe/images/fondo-editorial/actas-ii-congreso-latinoamericano-por-la-paz/problema-paz-sociedade-contemporanea-dialogo-santo-agostinho-kant-ivanaldo-santos.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

SILVA, Jorge Vieira da. A Verdadeira Paz: desafio do Estado democrático.

Revista São Paulo em Perspectiva, n. 16, p. 36-43, 2002. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/spp/v16n2/12109.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Por que a guerra?** De Einstein e Freud à atualidade. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

ZARAGOZA, Federico Mayor. **Un Mundo en Cambio**: el diálogo necesario.

Anuário, 2007. Disponível em: <<http://www.ceipaz.org/images/contenido/1-mzaragoza.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

ŽIŽEK, Slavoj. **Bem-vindo ao Deserto do Real**. Tradução: Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2003.

A COMUNIDADE JUSTA E A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO DESENVOLVIMENTO DA PAZ NAS RELAÇÕES HUMANAS EM SOCIEDADE

Daniel Mayer de Brum¹

INTRODUÇÃO

A participação do indivíduo na sociedade da qual faz parte, e sua contribuição pessoal para a coletividade, deve ser analisada de modo integrado, a fim de que se possa conhecer por completo os motivos pelos quais tanto a sociedade contribui na formação do ser humano, quanto este, além de perseguir objetivos pessoais, ainda procura ser parte integrante de um processo benéfico de transformação do meio em que vive. A partir da compreensão do sentimento que os integrantes de cada estrutura social possuem com relação ao grupo é que se pode concluir se a sociedade tem características propícias ao desenvolvimento e perpetuação de seu modelo, ou está condenada à perenidade.

Para tanto, o modo de produção, assim como a organização das instituições que compõe determinado grupo social, são de suma importância na compreensão. Isto em razão de que, historicamente, sociedades que se utilizam da maior parte de seus integrantes como objeto na busca pelo interesse de grupos menores, concentrando o poder de decisão em menos mãos, tendem a ser objeto de ruína, enquanto que grupos onde cada indivíduo tem influência no destino

¹ Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Brasileira de Tributação – FBT. Advogado. E-mail: danielmbrum@gmail.com.

do todo, é mais propício a evolução conjunta, tanto de seus integrantes, como da sociedade.

O fenômeno pode ser explicado, em parte, pela natureza humana. É cediço que o ser humano, desde os mais básicos estágios de desenvolvimento moral, busca a preservação própria. Porém, com o desenvolvimento moral do indivíduo, se intensifica o sentimento de pertencimento à comunidade, assim como o interesse próprio é mitigado em prol do bem comum. Não se pode dizer que um sobrepõe ao outro, mas que algum deles pode ser mais acentuado, restando o equilíbrio entre as duas esferas o provável responsável pela evolução das sociedades que o alcançam. Afinal, a nação nada é senão a soma dos indivíduos que a compõe sente, pensa e age da mesma forma que sentem, pensam e agem os indivíduos que a compõe; sente, pensa e age da mesma forma que sentem, pensam e agem os indivíduos (IHERING, 1978, p. 67).

Relacionada a esta ideia, é a proposição dos conceitos de instituições extrativistas ou inclusivas, uma das explicações centrais para a forma de constituição das sociedades e sua chance de ser bem-sucedida ou, nos termos do título, fracassar. Enquanto a primeira se utiliza das tecnologias existentes para engendrar sistema impositivo de produção, a segunda a estimula a novos avanços, com a construção coletiva de um modo de produção de riquezas, em que cada um se sente parte do todo, pois não se restringe a luta pelo direito do ser humano à esfera da vida social privada ou pública, somente, mas transcende ambas (IHERING, 1978, p. 67).

Em outros termos, é perceptível a lógica da construção dos conceitos, pois a observação empírica já nos auxilia na percepção de que a imposição de um modelo sobre as pessoas, ainda que muito bem estruturado e com formas de controle social, não consegue atingir os mesmos objetivos que uma estrutura pensada e aceita espontaneamente pelos indivíduos, justamente em razão de que aquela é imposta, fazendo com que o sentimento de desconexão do singular com o plural seja acentuado. Não é nesta forma que deve ser estruturado o poder político nem o direito, mas devem ser exercidos de forma que cada indivíduo autônomo possa concluir, por si só, que pode obter algo de conteúdo, que também os outros indivíduos autônomos, no respectivo interesse próprio, racionalmente, possam desejar (HABERMAS, 1992, p. 93-94).

As consequências para o indivíduo do sistema extrativista são diversas, dentre elas e reificação, ou seja, a automaticidade com que

são percebidos os fenômenos sociais. Trata-se esta consequência de desenvolvimentos equívocos ou patologias no modo de pensar e agir dos sujeitos socializados, os quais não podem ser descritos nem na linguagem puramente neutra de uma sociologia explicativa, nem nos termos puramente normativos da época, causando uma deformação das habilidades humanas da razão (HONNETH, 2008, p. 69).

Se a pessoa acredita que seu posicionamento e ação poderão ser relevantes para o todo, é evidente que o empenho pessoal são enfatizados, como forma de evolução da sociedade, que é vista como uma extensão pessoal, e não como máquina de produção alheia ao indivíduo. Nesta forma de organização, os governados tendem a ser os únicos produtores da organização social, cada vez mais autônomos em relação à concentração de poder, capazes de forma uma sociedade por contra própria, com novas possibilidades de autogestão econômica, formando assim redes de comunicação e formas de vida, e propiciando a paz a interação social (HARDT, 2014. P. 419-420).

A impossibilidade de incorporar incentivos verdadeiramente eficazes à econômica centralizada não foi devida a erros técnicos no planejamento do sistema de bonificação. Era intrínseca ao método por meio do qual fora obtido o crescimento de natureza extrativista: fruto de decreto governamental, que só poderia solucionar alguns problemas econômicos básicos. Contudo, para estimular o crescimento econômico sustentado seria preciso que os indivíduos fizessem uso de seus talentos e suas ideias [...] (ACEMOGLU, 2012, p. 128).

A concentração de poder como forma de estruturação social, solapa e nega o conceito de democracia, sendo extremamente pernicioso tanto para a sociedade como um todo – que se vê imersa em uma rede de produção imposta, sem a alternativa de explorar todo o potencial de seus integrantes – bem como para cada pessoa, que não se reconhece como parte da pluralidade, e acaba por estar sujeita ao sofrimento (HARDT, 2014, p. 412). Em outros termos, faz ela perder o “sentimento de mundo” como definido por Freud e explicado por Christian Dunker:

No texto freudiano, o que está em causa, de maneira evidente e direta, é o conceito de *mundo (Welt)*. Por exemplo, o “sentimento oceânico”, noção proposta por Romain Rolland e criticada por Freud logo no

começo do ensaio, é um *sentimento de mundo*, não apenas um sentimento em si, uma presença do outro ou mera emoção diante da tarefa da vida [...] Ora, essa ideia de que estamos juntos (*zusammen*), de que pertencemos a um lugar (*Gebörichkeit*) e de que esse lugar comporta exterioridade (*Ausser*), remete, em conjunto, à noção de mundo (*Welt*) como totalidade (DUNKER, 2014, p. 195-196).

Não se ignora que os conceitos de mal-estar e sofrimento que estão atrelados à teoria de Dunker são concebidos para explicar fenômenos sociais diversos, mas há uma correlação próxima entre o reconhecimento e as instituições. É necessário que a pessoa reconheça a sociedade e por ela seja reconhecida, assumindo um papel social de relevância para si, que a conforte e satisfaça, a fim de que possa dedicar-se ao viver bem, em prol da melhoria da comunidade em que está inserida, e não apenas em busca de satisfação pessoal material.

1 O SENTIMENTO DE COMUNIDADE

A inexistência do sentimento de comunidade nas sociedades extrativistas pode ser explicada pela não constituição de uma moral coletiva nesta forma de estruturação social ou, nas palavras de Lawrence Kohlberg, de uma “comunidade justa”. Este estudioso da moral da Universidade de Harvard observou que em escolas onde prevalecia o consentimento mútuo e o estímulo ao coletivismo, havia também mais propensão à evolução moral do indivíduo e comprometimento com os demais, ao contrário dos métodos de ensino tradicionais, onde a forma hierarquizada acentuava o individualismo.

A escola de segundo grau do *kibutz* oferecia a crianças pobres, nascidas na cidade, a oportunidade de serem educadas no *kibutz*. Kohlberg verificou que o forte senso de comunidade tinha um efeito poderoso sobre a socialização desses jovens, de forma que desenvolveram até os estágios convencionais de moralidade mais frequentemente do que seus colegas da cidade. No *kibutz*, a autoridade do professor é baseada mais na vontade do grupo que no papel institucional do professor ou em seu carisma (BIAGGIO, 2002, p. 47-48).

A “comunidade justa” de Kohlberg em contraposição às instituições de ensino tradicionais em muito se assemelha ao relatado no livro de Acemoglu e Robinson, sobre as tribos *bushong* e *lele*, que vivem às margens do Rio Cassai do Congo. Enquanto a primeira era formada por uma pirâmide de instituições políticas, a segunda era extrativista e altamente absolutista (ACEMOGLU, 2012, p. 138), tendo como principal diferença a forma como os indivíduos se relacionavam com as estruturas de poder.

Neste exemplo, as passo que os *bushong* realizaram uma revolução social e tecnológica, encabeçada por um líder comumente aclamado, que por suas virtudes trouxe grande progresso à tribo, os *lele* permaneciam submissos a comandantes impostos, que organizavam a sociedade de forma unicamente a manterem-se no poder e na busca de sua satisfação pessoal.

É evidente, e a teoria de Kohlberg nos indica, que na primeira havia um compartilhamento de interesses e um sentimento de unidade na tribo, que estimulou a participação social e o máximo empenho individual em prol do bem comum. Não somente isto, este tipo de organização não imposta, conta com a boa vontade dos que a formam, reconhecendo a importância de abdicar parte do seu tempo ao grupo, pois sabem que o sucesso dele também é seu e só virá a beneficiá-los. Por outro lado, a realização de tarefas de forma imposta não encontra a pré disposição da pessoa, que executará as tarefas com o mínimo possível de esforço, e a fim unicamente de evitar o desprazer.

O autor explicita – baseado em experimentos reais conduzidos em escolas americanas² – que se houvesse reconhecimento mútuo dos integrantes de um grupo, que trabalhassem de acordo com os mesmos princípios morais e sem uma ordem de hierarquia imposta, poderia haver uma democratização da sociedade, desestimulando, por consequência, o processo de reificação e estimulando a participação nas atividades desenvolvidas em grupo:

² Nas décadas de 1960 e 1970, começaram a surgir escolas alternativas que refletiam temas de protesto nos Estados Unidos. Em 1974, um grupo de pais e professores pediu a Kohlberg, que vinha procurando uma oportunidade desse tipo, aceitou o encargo e foi criada a escola alternativa conhecida como Cluster School (...) todas as questões de regras e manutenção de regras eram decididas por meio de discussões e predominava o voto da maioria – todos, alunos e professores, tinham um voto cada um. (BIAGGIO, 2006, p. 49).

Numa comunidade democrática, professores e alunos são membros iguais, com os mesmos direitos e privilégios. Eles têm um projeto em comum, a construção de uma comunidade justa, que envolve criar regras que achem necessárias para tal. Em consequência dessa igualdade, os professores devem estar dispostos a trabalhar de acordo com os procedimentos democráticos da comunidade e a submeter-se à suas decisões (BIAGGIO, 2006, p. 50).

Os resultados do experimento, se transportados para o macro, podem ser constatados em qualquer forma de organização social e suas instituições, revelando que a participação ativa de cada integrante nas decisões inerentes à administração de um sistema torna o grupo mais propenso a ter sucesso, e ainda desenvolve a consciência moral dos indivíduos. Mesma situação é aquela desenvolvida pelo orçamento participativo implementado em Porto Alegre no final da década 80:

O município estabeleceu um sistema organizativo descentralizado que possibilitou o acesso massivo de seus habitantes na tomada de decisões orçamentárias mediante sua integração em grupos de vizinhança e outros níveis de representação [...] Ao gerar condições favoráveis através da participação, a comunidade pode desenvolver o sentimento de *ownership*, de propriedade do projeto, fazê-lo realmente seu [...] Ao mesmo tempo, a participação em si como processo social muda o seus atores. Potencializa os grupos desfavorecidos, faz crescer sua confiança em suas próprias capacidades e contribui para sua articulação (tradução do autor) (KILKSBERG, 2000, p. 175/179).

Esta forma de chamar os cidadãos a participar das decisões relevantes da comunidade, como é a destinação de recursos, acentua o respeito às normas por parte dos que compõe o projeto. Tendo sido a proposta aceita mutuamente entre eles, todos sentem-se no dever moral de agir da melhor forma para que ela seja preservada e alcance os fins para os quais foi pensada.

Respeitando as normas, as pessoas exteriorizam seu compromisso com a comunidade, mostrando que compartilham dos mesmos valores, e possibilitam ao grupo materializar aquelas crenças que foram eleitas como relevantes para o todo. Ao posicionar-se desta maneira, todos passam a ser sujeitos ativos e passivos das normas, fiscalizando os demais no seu cumprimento, ao mesmo tempo que são vigiados para que eles mesmo as cumpram.

Os grupos começam quando os indivíduos se unem para obter objetivos comuns. O apoio às normas tem seis significados: 1) seguir a norma; 2) esperar que outros sigam as normas; 3) persuadir outros que estejam se desviando das normas a seguir; 4) identificar quem não segue as normas; 5) aceitar alguma responsabilidade por outros não seguirem as normas; 6) estar disposto a recuperar os desviantes. Quanto mais os membros de um grupo estiverem dispostos a assumir esses atos em apoio das normas, mais *coletivizada* estará a norma (BIAGGIO, 2006, p. 52).

Este fenômeno pode ser observado, em geral, em qualquer grupo social, onde os indivíduos assumem papéis sociais, dos quais se espera determinado resultado, que é de ser atingido por aquele que aceitou atuar naquela posição. Imediatamente a coletividade passa a ser fiscal daquele membro, incentivando-o quando atinge os resultados, e o reprimindo se desvia sua conduta.

2 OS PAPÉIS SOCIAIS NA COMUNIDADE JUSTA

A comunidade molda os papéis sociais que ela cria, de acordo com a finalidade da mesma, e os valores que foram determinados como relevantes para os que dela fazem parte. Desta forma, sendo a sociedade hierarquizada, elitizada ou extrativista, reproduzirá nas “máscaras”³ as suas características, influenciando aquele que assume o papel a reproduzir em todos os âmbitos os mesmos comportamentos.

Diante disto, por mais árduo que seja o empenho de uma pessoa para modificar o todo, agindo de forma que se entenda “justa”, somente a própria sociedade, acolhendo os valores de uma “comunidade justa”, é que modificará os seus papéis, criando um sistema de inclusão. O indivíduo está sujeito às imposições que a sociedade lhe inflige, não tendo capacidade suficiente para dispor do papel por ele escolhido, mas podendo apenas desempenhá-lo de forma efêmera.

³ “Papel, pessoa, caráter e máscara são palavras que, apesar de provenientes de estágios diversos do desenvolvimento linguístico, têm uma área de significado comum: o teatro [...] Pois, contanto que o mundo como um todo, ou pelo menos o mundo humano, é representado por uma peça teatral de dimensões gigantescas, ao indivíduo só compete uma única máscara” (DAHRENDORF, 1969, p. 43-45).

1º) Papéis sociais são, ao modo das posições, complexos quase-objetivos de prescrições de comportamento, em princípio independentes do indivíduo; 2º) Seu conteúdo específico não é determinado e modificado por qualquer indivíduo; 3º) As expectativas de comportamento, integradas em papéis, apresentam-se ao indivíduo com uma determinada obrigatoriedade de reivindicação, de tal forma que delas não se pode fugir sem determinado prejuízo (DAHRENDORF, 1969, p. 56).

Não significa dizer, porém, que uma pessoa que suceda em implementar uma nova forma de organização social não seja capaz de alterar o todo. No entanto, é a própria sociedade que autodetermina no que diz respeito à atribuição de suas “máscaras”. Assim foi o caso do líder *Shyaam* da tribo dos *bushong*, que engendrou uma revolução social e política, implementando um sistema acolhido pela população, e não imposto por ele, que após estabelecido fez reproduzir valores que levaram à evolução da sociedade.

As discrepâncias surgiram em consequência do modo como *Shyaam* reorganizou a sociedade a leste do rio. Constituiu-se um Estado e uma pirâmide de instituições políticas, que era não só notoriamente mais centralizados do que a estrutura de poder anterior como também envolviam estruturas altamente elaboradas (ACEMOGLU, 2012, p. 130-131).

Apesar de ser classificada a sociedade acima como extrativista, o exemplo serve a demonstrar como funciona a organização social. Se esta estivesse focada na criação de uma comunidade de participação coletiva na tomada de decisões, não só o crescimento econômico seria seu produto, mas também uma nova rede de atores sociais que estariam engajados no cenário político, dele fazendo parte como pessoa. O aumento da complexidade da sociedade e a distribuição do poder em diversas camadas homogêneas, fiscalizando umas às outras, contribui para a formação de um sistema mais justo e que satisfaz o cidadão em termos de representação política.

É por isso que se afirma na teoria de Kohlberg que a forma de composição de uma “comunidade justa” também é profícua para os indivíduos, a quem são dados papéis sociais mais relevantes, e que desenvolvem valores mais elevados em prol do bem da coletividade.

Nos termos do mencionado autor, desenvolve a moralidade dos indivíduos, através da prática, até que se alcancem níveis superiores de consciência moral, nos quais o agente é capaz de avaliar a justiça do próprio sistema.

Há evidência de que o enfoque da “comunidade justa” pode levar à criação de fases e estágios relativamente altos na atmosfera moral, que, por sua vez, influenciam a maneira pela qual os estudantes tratam uns aos outros. Além disso, os dados de Power sugerem que se possa estimular a mudança de estágio moral dentro do enfoque “comunidade justa” (BIAGGIO, 2006, p. 55).

As escolas, assim como a sociedade, tem incentivado uma formação muito pragmática de seus integrantes, instigando-os ao seu desenvolvimento pessoal, e relegando ao segundo plano a participação na comunidade. Somente dela fazem parte na medida que ela serve de instrumento para alcance de realizações pessoais, não importando o bem estar do grupo. É necessário, então, que ao lado do respeito primitivo, do inferior pelo superior, ou respeito “unilateral”, desenvolva-se nos componentes da sociedade, desde crianças, o respeito “mútuo”, para o qual tendo o indivíduo quando entra em relação com seus iguais (PIAGET, 1994, p.

A priori não se vê problemas em estimular a competitividade entre os indivíduos para que utilizem de suas capacidades máximas de produção, a fim obter o melhor produto que o seu trabalho pode entregar. Porém, em longo prazo, uma sociedade desta forma composta, gera anomalias, como a reificação, em que as pessoas não percebem os seus semelhantes como iguais – ou seja, não tem respeito “mútuo” –, mas como coisas, que somente são levadas em conta se puderem ser “utilizadas” para persecução dos interesses do próprio agente.

Este processo pernicioso decorre da alienação crescente dos indivíduos componentes da sociedade com relações aos assuntos de interesse da coletividade. A ideia de “comunidade justa”, ao contrário, estimula o resgate da noção de esfera pública, ou arena, que foi palco para criação da democracia moderna, se perdendo com desenvolvimento da mídia moderna, que substitui os debates pela influência (GIDDENS, 2014, p. 219-220).

No entanto, é necessário que se retome a atuação social dos indivíduos, como forma tanto de bem estar pessoal, como forma de estímulo à prosperidade da sociedade do qual faz parte. Isto em razão de que a democracia encontra-se fragilizada diante das constantes ameaças que enfrenta no mundo pós-moderno, e a ideia da participação dos indivíduos na esfera pública, debatendo e deliberando acerca de questões coletivas que dizem respeito às suas vidas, sempre foi um dos elementos essenciais da democracia e da política (CICONELLO, 2008, p. 2).

A participação social no modelo que se propõe ainda se constitui ainda numa evolução da esfera pública clássica, pois não distingue classe ou gênero, mas basta que se demonstre interesse na participação em prol do bem social, para que a competência para a tarefa seja avaliada pelos semelhantes, pois todos possuem direitos iguais a ter estima social como uma condição de oportunidades iguais (MATTOS, 2004, p. 151).

Justamente em razão da necessidade de participação ativa e próxima da pessoa integrante da comunidade justa é que a internet não é a melhor alternativa para realização da esfera pública, pois pressupõe um distanciamento do interlocutor e do objeto. As seus enunciados não são avaliados por semelhantes presentes, nem pode ele ver os reflexos de suas proposições e das enunciações que provoca. Este afastamento, causado primeiramente pela mídia moderna, hoje é substituído pela rede mundial de computadores. O poder midiático espetacular está hoje por toda parte, transformando espaço político e estimulando a *servitude volontaire*⁴, definida por La Boétie (AGAMBEN, 2002, p. 14).

Ao contrário do que ocorre quando a participação se dá através da rede, na proposta original da “comunidade justa”, há maior inter-relações pessoais, e a contribuição de cada um é de forma altruísta, em benefício do todo. Deste modo, mesmo os seres humanos que tem status social normalmente inferior, são capazes de se integrar, se relacionar, e contribuir para o bem comum, gerando um sentimento de pertença, que estimula a paz nas relações sociais, mesmo entre classes diversas.

⁴ Sujeição ao tirano, primeiramente pelo constrangimento e força e posteriormente, pelos que não conheceram a liberdade, de boa mente e sem esforço (LA BOÉTIE, 2004, p. 12).

[...] as desigualdades na representação política e social dentro dos processos de formação da vontade política influenciam a composição da agenda social e, portanto, dificilmente o reconhecimento pelo Estado dos direitos sociais pode prescindir da democratização dos processos e instâncias de definição de políticas públicas e alocação de recursos (MILANI, 2008, p. 564).

Assemelha-se esta ideia ao conceito de “imperativo categórico”⁵ de Immanuel Kant. Para ele é possível que, abstraindo-se das necessidades naturais, e apenas com o uso da razão inerente a qualquer ser humano, seja possível alcançar a resposta para toda decisão a ser tomada, da forma moralmente indicada. Ao constituir esta teoria, Kant coloca a humanidade como valor supremo para as escolhas racionais. Toda ação deveria ser tomada tendo em vista o resguardo da vida dos seres humanos.

Eu digo que o homem, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não meramente como um meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade. (...) Aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim (KANT, 1785, p. 428-429).

É cediço que o imperativo categórico de Kant é uma utopia, pois não é possível que o ser humano, racional e passional ao mesmo tempo, seja capaz de abstrair-se de sua natureza e agir somente de acordo com sua pura razão, pois ela própria é influenciada inconscientemente pela formação que recebeu o indivíduo. Em função disto é que se faz necessário o compartilhamento de ideias, inclusive entre os membros da sociedade, para que desta forma exercitem inconscientemente aquelas crenças compartilhadas.

Tal fenômeno é curioso e indica a existência de uma moral coletiva, que molda os cidadãos de acordo com um padrão de comportamento generalizado, proveniente de fatores externos, mas

⁵ Segundo Kant, “agir moralmente significa agir por dever – em obediência à lei moral. A lei moral consiste em um imperativo categórico, um princípio que exige que tratemos as pessoas com respeito, como fins em si mesmas. Só agimos livremente quando agimos de acordo com o imperativo categórico” (SANDEL, 2012, p. 156).

que altera o psicológico de um indivíduo de maneira que tal coisa passa a ser parte de si, como se fosse por ele criada.

(...) as normas e proibições instituídas no interior de tecnologias culturais e sociais, estão embutidas no inconsciente de maneira que se manifestam não apenas como 'desejos pessoais', mas, em uma complexa e imprevisível dinâmica de desejo, culpa, ansiedade, e deslocamento. Os sujeitos têm desejos que eles não querem ter; eles os rejeitam sob o custo de culpa e ansiedade (MCLAREN, 2000, p. 80).

Nesta esteira de pensamento é que se reforça a necessidade de criação de sociedades inclusivas, como sugerem os autores do livro "Por que as Nações Fracassam", espelhada no modelo de "comunidade justa" de Kohlberg, pois os princípios são os mesmos. Desta forma, o indivíduo será capaz de internalizar valores inerentes a este tipo de sociedade, adquirindo papéis que também compartilham dos valores "altruístas" em favor da comunidade, e assim contribuindo para o sistema.

3 OS EFEITOS DA COMUNIDADE JUSTA

A formação de comunidades justas estimulam no próprio indivíduo que delas faz parte o desenvolvimento moral, aumentando sua satisfação pessoal, evoluindo sua forma de pensar a vida em sociedade e, por consequência, afastando o mal-estar e o sofrimento, causados pela sensação de alienação. O ser humano, então realizado pela integração com a sociedade da qual faz parte, que tanto estimula o desenvolvimento pessoal quanto o coletivo, não tem propensão a voltar-se contra o Estado, mas tende a faz parte dele, como sujeito ativo e com relevância para o todo, evitando assim a superveniência de conflitos sociais e estimulando a paz.

Christian Dunker nos ensina, analisando a teoria de Freud, que diante da mutilação que os homens sofrem pela proibição do incesto, buscam a substituição do amor perdido da família na comunidade, na tentativa de reconstruir uma relação amorosa com uma nova família. Sendo assim, a desconexão do indivíduo com os demais, resultado da forma individualista como está engendrada nossa sociedade, causa o mal-estar, por não atender aos anseios psicológicos e/ou naturais do indivíduo:

Desta feita, a cultura é entendida como uma espécie de substituição reparadora de nossa limitação inicial e também como uma tentativa de reconstituir uma experiência amorosa pelas vias de uma nova família, esta, sim, centrada na satisfação sexual do indivíduo. Temos aqui um terceiro tipo de troca: não apenas a procura da satisfação pela fuga do desprazer nem o contrato social da liberdade pela segurança, mas agora o amor perdido pelo amor reencontrado (DUNKER, 2014, p. 202).

Então, a participação ativa dos indivíduos nos rumos da sua sociedade não só contribui para evolução desta como também para cada agente individualmente. O sentimento do pertencer e ser reconhecido pelos demais dá satisfação ao sujeito, ainda que para isto precise abrir mão de parte de seus anseios pessoais, aspectos que frequentemente não são levados em consideração, pela forma de estudo dos fenômenos.

Os atores se fariam motivados por cálculos microeconômicos puros e perseguem basicamente a maximização de seu interesse pessoal [...] Muitos dos aspectos da participação comunitária não ingressam, no entanto, neste marco de localização frente à realidade. Este tipo de participação gera produtos como a elevação da autoestima e a confiança nas forças da comunidade, que escapam a este raciocínio. As motivações das se socorre, como responsabilidade coletiva, visão compartilhada e valores de solidariedade, não tem a ver com os incentivos econômicos (tradução do autor) (KILKSBERG; 2000, p. 186).

A exclusão da consideração destes fatores não permite notar que existem elementos de evolução da sociedade para além dos números econômicos. Se os indivíduos estiverem exercendo suas atividades oprimidos pelas estruturas hierárquicas de poder, limitar-se-ão ao básico em termos de cumprimento de suas obrigações, enquanto se não sofrerem opressão e a sociedade estiver disposta a permitir sua participação de igual para igual, podem desempenhar suas funções com toda sua capacidade, e ainda plenamente satisfeitos em termos de interação social. As relações de poder são constitutivas da sociedade porque aqueles que detêm o poder constroem as instituições segundo seus valores e interesses (CASTELLS, 2012, p. 10).

Esta forma de organização já não abarca nem mesmo o modo atual de pensar, que abandonou sua rigidez, para tornar-se

líquido, nas palavras de Bauman. A sistematização, hierarquia, processos formalmente regulados e a forma autoritária de estruturação já não mais servem nem como modo de saber, nem como forma de produção. Porém, a insegurança que causa nas pessoas a alteração deste modelo faz com o processo de aceitação de um sistema mais “maleável” nem sempre seja vista com bons olhos pelos seus integrantes.

A falta de uma estaca firme de conhecimento no qual se possa agarrar, em meio a um mundo efêmero e cheio de mudanças, como o que estamos inseridos, desperta nos seres humanos a necessidade de autoproteção. Buscam abrigo no modelo antigo, no conhecimento de cada passo que irão se dar, na diminuição das responsabilidades pela submissão, na crença em um líder carismático que saberá fazer a melhor das escolhas quando tudo for incerto. Não encontram lugar na sociedade para criar uma relação similar à amizade, como ocorria na *polis* grega, onde uma experiência de vida e de compartilhamento dos bens era a continuidade do mundo privado dos afetos ao mundo público da cidade (RESTA, 2004, p. 23-24).

A inclinação pela escolha do seguro é instinto natural do humano, e a sistematização age como se fosse uma sereia da encantação instantânea, que nos leva a restar presos em um jogo de espelhos da interatividade (MENDES, 2003, p. 97-98). Não se pode, no entanto, deixar que um instinto sem reflexão tome as rédeas de nossas escolhas, sem que pondere o que é melhor para si e para sociedade. Não há necessidade do saber absoluto, mas é preciso, nas palavras do autor referido neste parágrafo, aceitar “o alibi de ler toda a operação como a de um entendimento do mundo permanentemente inacabado” (MENDES, 2003, p. 98). Sobre o assunto, Luis Alberto Warat, afirmando que

[...] temos que aceitar que é na própria sociedade que podemos encontrar a origem das significações por ela criadas. Estou referindo-me à possibilidade de repensar a sociedade como auto-instituente de suas significações, intrinsecamente histórica, capaz de questionar permanentemente suas próprias condições de existência e reconhecer-se como um lugar da criatividade incontrolável. Ou seja, uma nova sociedade que possa escapar às condições que determinam sua alienação (WARAT, 1992, p.4).

A insegurança causada pela forma “sempre aberta” de pensamento e organização social vai de encontro a princípios que já são ínsitos à sociedade ocidental, como segurança jurídica e direito adquirido. Não se pode permitir que estes valores se oponham de tal forma que os agentes restem sujeitos aos seus arbítrios indefinidamente. Como afirmou Warat, relacionando-o com o tema debatido, é necessário que se estimule a participação ativa das pessoas no cenário político e social, para que estes acompanhem o “grito que vem da rua”, e não restem como um peso a ser carregado na esteira da evolução social.

3.1 OPOSIÇÃO DA COMUNIDADE JUSTA À REIFICAÇÃO

A moral, como se viu, pode ser adequada e estimulada de acordo com o ambiente de desenvolvimento da pessoa, sendo que Kohlberg reconhece que uma “comunidade justa” é aquela em que todos os membros têm a sensação dela pertencer, o que não é possibilitado pelo modelo capitalista, que tem como consequência a reificação⁶.

Este fenômeno nefasto, de não reconhecer o outro como igual, estudado por Honneth e Lukács, é efeito também da falta de participação popular na sociedade, e poderia ser erradicado pela implementação das políticas propostas pelos textos que se estuda, de Kilsberg, Acemoglu e Robinson. Como se viu anteriormente, os índices econômicos não levam em consideração os capitais não financeiros, como é o caso da reificação, que deveria ser contabilizada como negativo nas sociedades extrativistas, e positivo nas inclusivas.

Uma sociedade estruturada na forma “justa”, como organizado o experimento de Kohlberg, poderia estimular a erradicação da reificação, pois tal modelo encoraja o desenvolvimento moral do indivíduo, fazendo com que abandone os estágios iniciais da evolução moral, onde ocorre o fenômeno pernicioso estudado por Honneth. Somente com o desenvolvimento moral da pessoa é possível que haja transformação social capaz de alçar todos a um nível de reconhecimento digno.

⁶ “Nada mais é do que a fato que ‘uma relação entres pessoas [adquire] um caráter de coisidade” (HONNETH, 2007, p. 23).

Isto não significa dizer, necessariamente, que haja um moral universal, mas que ela pode ser trabalhada para lapidar as decisões do indivíduo alinhado com aquilo que seria melhor para si e para o grupo em que vive. Tanto é assim que há autores que sustentam que a cultura de cada povo tem grande influência sobre a moral.

Como antropólogo, para ele a cultura é a grande variável a explicar o comportamento humano. A moral é cultural e arbitrária (...) na Índia, os participantes não distinguem transgressões socioconvencionais das morais, por exemplo, considerando tão grave uma viúva comer um peixe quanto machucar uma criança, empurrando-a do balanço (BIAGGIO, 2006, p. 70).

Não se pode dizer tampouco que isto, o desenvolvimento moral, dependa de uma educação tradicional, pois como se vê, trata-se de uma questão mais de constituição do indivíduo do que de capacidade cognitiva. Além disto, a forma tradicional de ensino é ela própria um processo de reificação, que aliena o indivíduo do todo, soterrando-o de conhecimentos pré-constituídos, e que não permitem a necessária transdisciplinaridade.

É preciso que o ser humano possa aprender a pensar e decidir por si qual a resolução mais adequada moralmente aos dilemas cotidianos, abandonando a forma automatizada de pensamento da sociedade sólida, o que levará a uma repetição de ações morais estimulantes da comunidade democrática, onde todos se sentem parte do sistema.

Pelo que foi exposto até agora, fica fácil deduzir que os níveis mais altos de julgamento moral (pensamento pós-convencional) são essenciais à transformação social. Somente indivíduos que tenham adquirido a capacidade crítica de questionamento do *status quo* e das leis vigentes são capazes de atuar como líderes e agentes da transformação social (BIAGGIO, 2006, p. 61).

Ainda que não se compartilhe do universalismo – teoria que acredita em uma moral universal, da qual participam Kant, Piaget e Kohlberg – é intuitiva a existência de valores comuns aos seres humanos, seja qual for sua cultura. Se partir-se desta premissa, pode-se dizer possível combater a reificação baseado no estímulo ao

desenvolvimento moral, através da participação popular, ainda que a moral em si não seja rígida, mas compartilhada apenas em alguns aspectos entre as pessoas.

(...) parece haver suficiente evidência de que a sequência de estágios é universal e de que há um cerne de valores universais, tais como o não prejudicar outrem, a lealdade, o cumprimento de promessas e o respeito à vida humana. A cultura atuaria como um fator modulador, acentuando alguns valores e tipos de raciocínio moral aqui, diminuindo a intensidade de outros ali, porém sem anular uma essência humana comum (BIAGGIO, 2006, p. 76).

O atual modo de produção gerou agentes reificadores justamente porque não é da natureza humana o isolamento, mas ele necessita da atividade social e política para que possa desenvolver seu próprio ser. Mais do que a satisfação por meio da aquisição de bens materiais, a pessoa necessita de satisfação social, de sentir-se parte de um grupo e de ser reconhecido como relevante para o mesmo.

Como se vê, a forma como a atual estrutura social influenciou os indivíduos e seus grupos, acentuando anomalias ínsitas a qualquer sistema, necessita ser rebatida por meio de projetos que incentivem a coletivização dos espaços públicos. A individualidade chegou ao seu ápice, e se mostra insustentável na forma que se apresenta, culminando com a insanidade de não reconhecer um ser humano como detentor de consciência, ignorá-lo como se fosse um objeto.

CONCLUSÃO

A nova forma de organização da sociedade, inclusiva, reflete a inovação generalizada que vem ocorrendo em todas as instituições pós-modernas. Se antes os conceitos eram rígidos, hierarquizados, sistemáticos, exaltando a figura de chefe que sabia comandar os demais, hoje a transdisciplinariedade, a integração, a participação e diversidade de opiniões imperam. É justamente em razão disto que o modelo extrativista não mais se sustenta, o capital humano não admite que seja utilizado como força de trabalho não pensante, com fins que não foram por ele discutidos e aceitos.

Da mesma forma, a maneira de ensinar e aprender vem sendo alvo de profundas mudanças, o que permite aos agentes sociais que não mais aceitem sem questionamento a posição que lhes foi dada, mas busquem a evolução moral como forma de indagar a respeito do sistema posto, e criticá-lo se preciso. O experimento de “comunidade justa” demonstra na prática como é possível a utilização de um regramento externo aos conteúdos curriculares influenciar na forma de pensar e agir daqueles que dele fazem parte, estimulando a convivência pacífica em sociedade, pela satisfação pessoal e coletiva que traz o conceito.

Esta alteração é decorrente também da forma do saber. Se antes se pretendia o esgotamento de assunto específico até o cabo das informações, para que pudesse ser esmiuçado e controlado, a ponto de criarem-se regras, ou “leis da natureza”, hoje se mostra imprescindível deixar o conceito sempre aberto, ainda que bem delineado. Não existe saber absoluto, como se pretendia fazer crer na esteira do pensamento de dominação da natureza por parte do homem.

A participação popular intensa no meio social e político, denominada metaforicamente de ocupação do espaço público, é a forma pela qual a sociedade hodierna encontrou de realizar-se no meio coletivo. Com o incremento das relações sociais por meio de sociedade inclusivas, apazigua-se o desejo de realização pessoal material estimulado pelo modo de produção capitalista, que há muito deixou de exercer papel apenas de forma de organização econômica, para influenciar também o ramo da sociologia e psicologia.

A integração, cada vez mais intensa, do indivíduo nos assuntos políticos, jurídicos e de poder da sociedade que compõe, fomenta o desenvolvimento pessoal, o incremento o status social daquele ser humano, assim como contribui na inclusão e prosperidade social. A retomada dos conceitos que inauguraram a democracia, como a esfera pública, através de instrumentos, como a “comunidade justa”, é o caminho para a ampliação da qualidade das relações sociais, que estimuladas em seu quesito igualdade, são mais propensas a estimularem a integração em detrimento do conflito.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as Nações Fracassam**. São Paulo: Elsevier, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **O Poder Soberano e a Vida Nua**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

BIAGGIO, Angela. **Laurence Kohlberg, Ética e Educação Moral**. 2ª ed. São Paulo: Moderna, 2006.

CASTELLS, Manuel. **Redes de Indignação e Esperança**. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

CICONELLO, Alexandre. **A Participação Social como processo de consolidação da democracia no Brasil** in *From Pover Power: How Active Citizens and Effective States Can Change the World*. Oxford: Oxfam International, 2008.

AHRENDORF, Ralf. *Homus sociologicus*. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1969.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, Sofrimento e Sintoma**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2014.

GIDDENS, Anthony. *Conceitos Essenciais da Sociologia*. 1ª ed. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Moral**. Porto Alegre: Instituto Piaget, 1992.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão: Guerra e Democracia na Era do Império**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

HONNETH, Axel. **Reificación: um estudo em la teoría del reconocimiento**. 1ª ed. Buenos Aires: Katz, 2007.

HONNETH, Axel. **Observações sobre Reificação**. Porto Alegre, Civitas, v.8, n. 1, p. 68-79, jan-abr 2008.

IHERING, Rudolf von; **A Luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Editoria Rio, 1978.

KANT, Immanuel. **Groundwork of the Metaphysics of Morals**. Nova York: Harper Torchbooks, edição 1964.

KILKSBERG, Bernardo; TOMASSINI, Luciano. **Capital Social y Cultura: Claves Estratégicas para el Desarrollo**. 1ª ed. Buenos Aires: BID – INTAL, 2000.

LA BOÉTIE, Etienne de. **Discurso Sobre a Servidão Voluntária**. Cultura Brasileira, 2004. Disponível em <<http://www.culturabrasil.pro.br/zip/boetie.pdf>>. Acesso em 25 mai 2011.

MATTOS, Patrícia. **O Reconhecimento, entre a Justiça e a Identidade**. Lua Nova, nº 63, São Paulo: 2004.

MCLAREN, Peter. **Multiculturalismo Crítico**. São Paulo: Cortez, 2000.

MENDES, Cândido. **Discurso e Entropia da Representação**. Rio de Janeiro, Unesco-Educam-Garamond, 2003.

MILANI, Carlos S. R. **O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias**. Rio de Janeiro: Revista de Administração Pública, vol. 42, n. 3, p. 551-79, maio-jun 2008.

PIAGET, Jean. **O Juízo Moral na Criança**. 4ª ed. São Paulo: Summus, 1994.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SANDEL, Michael. J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Revista Sequencia, nº 24**, Curso de Pós Graduação em Direito - UFSC, Setembro de 1992.

O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E O CHAMADO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: AVANÇO OU RETROCESSO?

Gilmar Antonio Bedin¹

Joiceimar Paulo Van Der Sand²

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é refletir, ainda que de forma breve, sobre o contexto da globalização que transformou as relações da sociedade atual, através desta unificação entre as pessoas de todos os continentes. A sociedade a cada dia evolui, transforma-se num processo de perda e ganho de valores e conceitos sociais e jurídicos que mudam a forma de agir e pensar das pessoas e nações.

Diante disso, é importante analisar esse contexto do surgimento, a construção e a supremacia dos Estados-nação que o século XXI começa a estar envolvido, de forma singular, dominado pelos problemas relacionados com o surgimento e a consolidação de organizações políticas e econômicas de alcance mundial ou global.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC; Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Curso de Mestrado em Direitos Humanos da UNIJUÍ; Professor dos Cursos de Graduação e dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ e da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI.

² Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Pós-graduando em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo-RS, Mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI – Mestrado.

Nesse contexto, inicialmente se faz menção à grande mudança histórica que representa a globalização, alguns dos aspectos deste fenômeno que caracteriza a conformação de um novo momento do desenvolvimento da humanidade, que produz uma redefinição das noções de tempo e de espaço, conduzindo a uma diminuição das distâncias e tornando instantâneo qualquer acontecimento em qualquer lugar do planeta.

Num segundo momento, são apontadas algumas causas da globalização, que servem de instrumento para o entendimento do surgimento e desenvolvimento deste processo de transformação. Em seguida, destacam-se as consequências estruturais da globalização, abordando-se o declínio do conceito de soberania e a redefinição do papel do Estado, a crescente complexidade das relações internacionais e a multiplicação dos atores internacionais.

Por fim, discorre-se acerca de alguns aspectos da globalização e o chamado novo constitucionalismo latino-americano para possibilitar a resposta ao questionamento acerca do avanço ou retrocesso deste fenômeno.

1 GLOBALIZAÇÃO: A GRANDE MUDANÇA HISTÓRICA

A configuração do mundo como um sistema global é um dos mais significativos acontecimentos políticos, econômicos e sociais das últimas duas ou três décadas. Por isso, constitui-se, em si mesmo, um marco simbólico-referencial indicativo da emergência de um novo século, o século XXI, e também de uma nova e complexa fase da história humana. Além disso, o fenômeno da globalização possui um alcance planetário e uma conformação abrangente, o que exige a elaboração de um novo paradigma teórico para a sua exata compreensão.

Assim sendo, o fenômeno da globalização constitui um momento de grande transformação do mundo atual, em que há a unificação do planeta e a ampliação do 'sistema-mundo' para todos os lugares e para todos os indivíduos, embora com intensidade e em graus diversos. Por isso, "a Terra torna-se um só e único 'mundo' e assiste-se a uma refundição da 'totalidade-terra" (SANTOS, 1997, p. 48). Desta forma, constata-se que o fenômeno da globalização conduz ao delineamento de uma crescente complexidade das relações internacionais e ao estabelecimento de vínculos mais

estreitos entre os principais atores da sociedade internacional da atualidade.

Pode-se dizer, portanto, que o fenômeno da globalização do mundo “caracteriza-se pelo aparecimento de um conjunto de novas possibilidades concretas, que modificam equilíbrios preexistentes e procuram impor sua lei [e suas determinações]” (SANTOS, 1997, p. 48). Com isto, é possível perceber que os homens, após terem construído sólidas identidades nacionais e projetos circunscritos por fronteiras territoriais claramente estabelecidas, passam agora a delinear uma aventura de dimensões planetárias. Daí, portanto, a percepção de que o mundo se tornou um único lugar para todos os seres humanos e que os principais problemas e alguns de seus interesses mais relevantes adquiriram rapidamente o caráter de questões mundiais ou globais.

Nesse sentido, é importante apontar também que, tanto quanto os últimos séculos foram dominados por problemas relacionados com o surgimento, a construção e a supremacia dos Estados-nação, o século XXI começa a estar envolvido, de forma singular, pelos problemas oriundos da emergência e da estruturação do domínio da política e da economia mundiais. Em outras palavras, o século XXI começa a ser dominado pelos problemas relacionados com o surgimento e a consolidação de organizações políticas e econômicas de alcance mundial ou global.

Além disso, constata-se que o fenômeno da globalização do mundo não é algo, como normalmente se imagina, que vai acontecer apenas no futuro - próximo ou não - mas sim uma realidade já bastante efetiva, presente, em muitos aspectos, em nosso cotidiano, no momento atual. Neste sentido, afirma Anthony Giddens que “vivemos num mundo de grandes transformações, que afetam tudo o que fizemos. Para melhor e para pior, estamos a ser empurrados para uma ordem global que ainda não compreendemos na sua totalidade, mas cujos efeitos já se fazem sentir em todos nós” (GIDDENS, 2000, p. 17).

Assim, pode-se dizer que a globalização é um fenômeno que já constitui a realidade e a percepção dos indivíduos dos cinco continentes, desafiando um grande número de pessoas em todo o Planeta com seus problemas e com suas possibilidades (IANNI, 1996). Assim, a despeito das vivências e das opiniões de uns e outros, pode-se afirmar que a maioria das pessoas já reconhece que as principais implicações da globalização estão “presentes na forma

pela qual se desenha o novo mapa do mundo [...]” (IANNI, 1996, p. 11).

Com isto, o planeta adquiriu um novo *status* e transformou-se num território de todo o mundo. Com efeito, “trata-se de uma revolução global na vida corrente, cujas conseqüências se estão a fazer sentir em todo o mundo, em todos os domínios, do local de trabalho à política” (GIDDENS, 2000, p. 23). Por conseguinte, a globalização “não é apenas uma coisa nova, é também algo de revolucionário” (GIDDENS, 2000, p. 20). Além do mais, “as mudanças que nos afetam não estão confinadas a nenhuma zona do globo, se fazem sentir um pouco em toda a parte” (GIDDENS, 2000, p. 13).

Por isso, com a globalização

tudo se desterritorializa e reterritorializa. Não somente muda de lugar, desenraiza-se circulando pelo espaço, atravessando montanhas e desertos, mares e oceanos, línguas e religiões, culturas e civilizações. As fronteiras são abolidas ou tornam-se irrelevantes ou inútuas, fragmentam-se e mudam de figura, parecem mas não são. Os meios de comunicação, informação, transporte e distribuição, assim como os de produção e consumo, agilizam-se universalmente. As descobertas científicas, transformadas em tecnologias de produção e reprodução material e espiritual, espalham-se pelo mundo. A mídia impressa e eletrônica, acoplada à indústria cultural, transforma o mundo em paraíso das imagens, vídeo-clipes, supermercados, *shopping centers*, Disneylândias (IANNI, 1996, p. 169-0).

Assim, com o fenômeno da globalização do mundo tem-se a conformação de um novo momento do desenvolvimento da humanidade, que produz uma surpreendente redefinição das noções de tempo e, especialmente, de espaço, conduzindo a uma diminuição das distâncias e tornando instantâneo qualquer acontecimento em qualquer lugar do planeta. Portanto, a emergência do fenômeno da globalização do mundo configura-se como uma grande mudança histórica, caracterizada por uma maior interdependência global, em que o centro da articulação da sociedade internacional desloca-se, em boa medida, dos Estados soberanos para os novos atores das relações internacionais (organizações internacionais, empresas transnacionais, organizações não-governamentais, etc.) e passa a se constituir a partir de novos canais de comunicação e de novas referências significativas, não mais nacionais e sim mundiais.

2 CAUSAS DA GLOBALIZAÇÃO

Constatada esta transformação, é importante perguntar quais foram às forças políticas, econômicas e sociais que impulsionaram o mundo em direção à globalização. A resposta, obviamente, não é fácil de ser apontada. Contudo, olhando para as publicações da área, dois grupos de motivos, pelo menos, podem ser indicados. No primeiro grupo encontramos os seguintes motivos (THUROW, 1997):

- a) Fim do comunismo. Este fato deixou sem competidores o sistema capitalista e impulsionou a formação de um sistema econômico mundial e de uma economia de escala planetária.
- b) Emergência de uma era de indústrias de inteligência artificial criada pelo homem. Este acontecimento proporcionou a desterritorialização da produção e a anulação de qualquer vantagem relativa.
- c) Grande crescimento, deslocamento e envelhecimento da população mundial. Esta transformação conduziu a profundas mudanças no sistema capitalista e configurou um novo perfil populacional do planeta.
- d) Emergência de uma economia global desterritorializada. Este fato possibilitou que qualquer bem possa ser produzido em qualquer parte do mundo e vendido em todo lugar do planeta.
- e) Configuração do mundo como um espaço político multipolar sem um poder hegemônico (a formação de um mundo de polaridades indefinidas). Esta nova conformação política do mundo conduziu a descaracterização da divisão do mundo entre primeiro, segundo, terceiro e quarto mundos e relativizou as relações centro-periferia e as relações Norte-Sul.

Assim, pode-se observar que as causas do fenômeno da globalização são múltiplas, envolvendo aspectos de origens diferentes. No conjunto, contudo, convergem para impulsionar o mundo para uma nova direção: não mais nacional, e sim global. Por isso, é que, por mais que se aponte uma linha de continuidade entre a expansão econômica ocorrida durante todo o período do mundo moderno e o fenômeno da globalização, percebe-se que esse processo de transformação atingiu, neste início do século XXI, um

ponto de inflexão e que já estamos numa “nova era da história humana: a Era da Globalização, caracterizada por uma hegemonia da economia global sobre a economia dos estados nacionais, isto é, da supremacia dos atores globais sobre os atores geopolíticos, [em especial dos Estados modernos, de suas soberanias territoriais e suas políticas econômicas específicas]” (PACHECO, 1997, p. 16).

3 CONSEQÜÊNCIAS ESTRUTURAIS DA GLOBALIZAÇÃO

3.1 DECLÍNIO DO CONCEITO DE SOBERANIA E REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO ESTADO

Uma das primeiras conseqüências estruturais do fenômeno da globalização é o declínio do conceito de soberania e a redefinição do papel do Estado soberano na articulação dos acontecimentos humanos. Isto, no entanto, não quer dizer que o Estado moderno deixou de ser, integralmente, uma das mais sólidas instituições políticas do mundo moderno e uma das referências mais relevantes da sociabilidade humana da atualidade. O que é possível afirmar é que o Estado passou a desempenhar novas funções - como auxílio à formação dos blocos econômicos regionais e de fomento à organização e à criação de inteligência artificial - e que adquiriu um novo estatuto, notadamente de um Estado dotado de soberania e autonomia relativas.

Essa relativização dos conceitos de soberania e de autonomia do Estado moderno é um do acontecimento de grandes proporções, constituindo-se num dos pressupostos estruturante de uma nova realidade: a realidade da globalização. Neste sentido, é possível dizer que o denominador comum das profundas rupturas políticas e econômicas produzidas nas últimas duas ou três décadas é justamente o esvaziamento da soberania e da autonomia do Estado. Assim, o Estado,

por um lado, já não pode mais querer regular a sociedade civil nacional por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, dada a crescente redução de seu poder de intervenção, controle, direção e indução. Por outro, ele é obrigado a compartilhar sua soberania com outras forças que transcendem o nível nacional. [Ao promulgar as leis, portanto], os Estados nacionais acabam sendo obrigados a levar em conta o contexto econômico-financeiro internacional, para saber o que podem

regular e quais de suas normas serão efetivamente respeitadas (FARIA, 1994, p. 11).

Desta forma, é possível perceber que houve, com as transformações dos últimos anos, uma fragilização do Estado moderno, de sua soberania e de suas fronteiras. Este fato retirou dos governos dos Estados a capacidade de controlar os seus assuntos domésticos de forma exclusiva e fortaleceu os fluxos transnacionais que atravessam com facilidade suas fronteiras e se articulam a partir de outros lugares: lugares conectados mundialmente e inter-relacionados com outros acontecimentos e outros centros de poder.

Neste sentido, deve-se observar, ainda, que se tornou impossível o isolamento político, econômico e social no interior das fronteiras territoriais de um Estado, pois “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância, [conectam o mundo numa complexa rede de relações de interdependência]” (GIDDENS, 1991, p. 69).

Ademais, não se pode esquecer que, em decorrência dessa crescente interdependência global, intensificou-se na última metade do século passado e no início deste século o surgimento de políticas multilaterais com diferentes estruturas decisórias, envolvendo governos, organizações intergovernamentais e uma vasta gama de grupos de pressão transnacional e organizações não-governamentais, o que tornou qualquer hipótese mais extrema de afirmação da soberania e da autonomia do Estado moderno uma prerrogativa difícil de ser exercida.

Ao nível dos Estados-Nação e dos seus responsáveis políticos, a ideia da Globalização funciona como legitimação para uma atitude de desresponsabilização face a eventuais consequências negativas deste processo, ou seja: por um lado, legitima a implementação de políticas favoráveis aos interesses do livre curso da globalização (políticas que frequentemente apresentam contornos impopulares); por outro lado, legitima a não implementação de políticas que constituam uma resposta adequada às contingências que este fenômeno representa, no sentido de salvaguardar os interesses das populações. Em ambos os casos, o argumento

(implícito ou explícito) reside na inevitabilidade do processo de Globalização em curso.

Desta forma, é possível perceber que a autonomia e a soberania do Estado moderno se diluíram num conjunto de redes de comunicação, de intercâmbio de experiências culturais e de influências políticas mútuas. Isso faz com que o poder do Estado seja dividido com outros órgãos, outras instituições, outras entidades criadoras de políticas e de novos padrões de ação e de comportamento político, menos soberanos e mais integrados num projeto comum, alicerçados na constatação de que os problemas são interdependentes e globalizados, interessando a toda a humanidade.

3.2 CRESCENTE COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS

Em decorrência deste fato, percebe-se uma crescente complexidade das relações internacionais e o aumento dos fluxos de comunicação e dos processos de integração. É que se vive, na verdade, um momento de declínio da sociedade internacional nascida da Paz de Westfália - centrada nos Estados soberanos - e dos pressupostos que a sustentavam: os conceitos de soberania estatal e de equilíbrio de poderes.

Isso possibilita o desenho de uma nova realidade internacional e da conformação de novas alternativas de interação planetária mais avançadas entre as diversas sociedades políticas nacionais e os demais atores das relações internacionais. Essas novas alternativas apresentam-se de forma mais interdependente e com vínculos institucionais muito mais sólidos. Isso significa que a sociedade internacional apresenta, cada vez mais, a necessidade de dispor de instrumentos jurídico-políticos institucionais e de buscar a conformação de um sistema de governança global.

Em outras palavras, as relações internacionais da segunda metade do século XX e do início do século XXI adquiriram uma grande complexidade e acentuados vínculos de interdependência e de cooperação. Este fato fragilizou, profundamente, a sociedade internacional nascida da Paz de Westfália e abriu a possibilidade de construção de alternativas mundiais mais integradas. Por isso, esse processo de crescente complexidade das relações internacionais significa, paradoxalmente, uma marcha para a unidade da vida humana na Terra, mas também “uma progressiva multiplicação,

quantitativa e qualitativa, dos centros internacionais de diálogo, cooperação, e de decisão, e das relações entre esses centros.” (MOREIRA, 1996, p. 37).

Portanto, o que se assiste, na atual conformação política, é a configuração de um novo momento da humanidade, com a presença de novos atores internacionais, com o delineamento de novas possibilidades de integração e com a formulação de novos pressupostos teóricos e conceituais. Estas transformações representam o declínio da sociedade internacional nascida da Paz de Westfália, centrada no Estado soberano como o único ator internacional, na conformação da sociedade internacional como uma sociedade anárquica e na cresça de que apenas o poder, e não o direito, pode frear o poder (sistema de equilíbrio de poder entre os Estados soberanos).

3.3 MULTIPLICAÇÃO DOS ATORES INTERNACIONAIS

Desta forma, pode-se perceber o constante deslocamento da antiga sociedade internacional anárquica, centrado na soberania estatal, para um novo conjunto de arranjos bifurcados. Estes arranjos são na maioria das vezes incertos e representam a emergência de um mundo multicêntrico e interdependente, composto por várias coletividades dispostas à cooperação e à integração num sistema internacional institucionalmente regulamentado (ROSENAU, 2000).

Entre os elementos que mais contribuíram para essa nova configuração da sociedade internacional, pode-se destacar o surgimento de novos atores internacionais. Apesar de se poder constatar eventualmente a presença de um ou outro desses novos atores ainda no século XIX, eles somente passaram a ser internacionalmente reconhecidos - ocupando espaço mais significativo na sociedade internacional - a partir da Segunda Guerra Mundial e da criação da Organização das Nações Unidas (ONU). Entre esses novos atores, destacam-se as organizações internacionais, as organizações não-governamentais e as empresas transnacionais.

Assim, com o reconhecimento dos novos atores, as relações internacionais tornam-se mais complexas, interdependentes e policêntricas, passando esses novos atores a exercer um papel fundamental no interior da sociedade internacional. Cada um deles passou a contribuir na articulação de políticas comuns entre vários

Estados e entre eles mesmos; na realização de acordos e regimes técnicos específicos cada vez mais eficazes; na constituição de “redes” de cooperação econômica, cultural, científica e tecnológica; na articulação de relações típicas da sociedade civil global; na constituição de uma cidadania de alcance mundial e no aumento dos fluxos das relações comerciais e das aplicações financeiras em montantes nunca antes imaginados.

Diante disso, a globalização produz a superação de três convicções tradicionais que alicerçavam a sociedade internacional centrada no Estado soberano e que impediam a transformação desta sociedade diferentemente de um cenário da luta de todos contra todos e delimitada por fronteiras entre grupos humanos específicos.

Estas convicções são as seguintes (De Renzio, 1994):

- a) A afirmação do relativismo cultural. Esta afirmação sustentou tradicionalmente que “uma vez que há tantas culturas diferentes no mundo, cada qual com uma concepção potencialmente original sobre o que é a moralidade, jamais será possível chegar a um acordo acerca de uma única concepção de justiça” (De Renzio, 1994, p. 163). Com a globalização, essa afirmação torna-se insustentável, pois foi criada uma cultura comum e, em consequência, valores partilhados.
- b) O argumento de que apenas o compatriota tem prioridade. Este argumento refletiu tradicionalmente “a crença amplamente difundida de que somente em relação aos membros da própria sociedade existem deveres de prestar auxílio” (De Renzio, 1994, p. 164). Com a globalização e ampliação da noção de que a Terra é um espaço de todos e um lugar da convivência humana coletiva, esse argumento não mais se sustenta pois há um fortalecimento cada vez mais acentuado da integração entre os diversos povos do planeta.
- c) A ausência de um poder superior aos Estados e, por conseguinte, de vinculações jurídicas internacionais mais consistentes. A ausência desses dois fatores tornou tradicionalmente “a adesão de cada um dos Estados a qualquer acordo internacional algo puramente instrumental à realização dos objetivos nacionais” (De Renzio, 1994, p. 164). Com a globalização e a crescente

interdependência mundial, acrescida da formação dos blocos regionais e da codificação do direito internacional, essa instrumentalização tornou-se cada vez mais difícil, tendo vários dispositivos legais adquiridos sólida efetividade nas relações internacionais.

4 A GLOBALIZAÇÃO E O CHAMADO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Mas, o que isto tem a haver com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano? Estes dois fenômenos estão, a nosso ver, profundamente ligados, em especial com o declínio do conceito de soberania e a redefinição do papel do Estado soberano na atualidade. Neste sentido, é importante observar que não é por acaso estes dois fenômenos (globalização e novos constitucionalismos Latino-Americanos) coincidem do ponto de vista temporal: a globalização se consolida com a queda do Muro de Berlin, em 1989, e o novo constitucionalismo emerge com a Constituição da Colômbia de 1991.

Além desta coincidência, temos que lembrar que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano emergiu em países de modernidade tardia e de baixa institucionalização do Estado. Este fato indica que não é um acaso esta coincidência: os Novos Constitucionalismos Latino-Americanos emergem nos Estados da América Latina mais frágeis (Colômbia, Venezuela, Bolívia). Neste sentido, porque não se fala de novos constitucionalismos na China ou nos EUA?

Esta constatação vale principalmente para o chamado terceiro ciclo do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: ou seja, para o ciclo que está sendo denominado de “Constitucionalismo Plurinacional” (2006-2012). As manifestações anteriores deste movimento eram mais moderadas: Constitucionalismo Multicultural (1982-1989) e o Constitucionalismo Pluricultural (1989-2005).

É que o chamado “Constitucionalismo Pluricultural” ataca, de fato, o coração do Estado-Nação, pois é importante lembrar que “a criação da identidade nacional é um pressuposto fundamental do Estado Moderno” (claro, com algumas exceções, mas sempre instáveis: Bélgica e Canadá). Neste processo, é fundamental a identidade lingüística e o compartilhamento de valores: é isto que constitui a ideia de república e de igualdade perante a lei.

Por isso, a emergência do Novo Constitucionalismo Latino-Americano é um grande paradoxo. Por um lado, fortalece e valoriza o pluralismo e a identidade dos grupos específicos, o que é correto e fundamental. Por outro lado, contudo, impulsiona ainda mais o declínio do Estado na América Latina e pontencializa, de forma extraordinária, os particularismos, o que é ruim e ataca o núcleo central civilizatório que constitui o Estado moderno.

Além disso, devemos lembrar que este movimento não é uniforme (os grandes países do mundo não estão seguindo este caminho) e este processo cria novas desigualdades de poderes num mundo de polaridades indefinidas, mas de poderes diferentes e de capacidades desiguais. O que eu quero dizer é que num mundo politicamente diversos e muitos atores terá mais poder quem for maior, quem for, para usar o termo da moda, um gigante num mundo de gigantes.

Em terceiro lugar, é importante destacar o que o Novo Constitucionalismo Latino-Americano gera ou pode gerar ainda mais um conflito entre a busca do reconhecimento (dos diversos grupos) e a busca por distribuição (por justiça social). Isto é evidente pelo fato de que os direitos econômicos e sociais são direitos de créditos, ou seja, direitos que somente podem ser realizados por meio do Estado (ou de ações do Estado, de suas políticas públicas e de sua capacidade distributiva).

Neste sentido, devemos lembrar que o Estado é um processo de uniformização, mas é também a única instância que consegue produzir distribuição da riqueza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dito isto, é possível perceber que o fenômeno da globalização gera enormes desafios, em especial para os países da América Latina: países de modernidade incompleta e baixa institucionalidade. Para enfrentarmos estes grandes desafios, é imprescindível que a humanidade faça uma opção pela construção de regras e instituições internacionais multilaterais e o apoio a transformação dos direitos humanos num tema global. Estas opções afastam o uso da força e da violência como recursos legítimos na sociedade internacional, sem

esquecer que reforçam a diversidade e realçam o respeito à pluralidade do mundo.

Nesse contexto, devemos ser pessimistas? Entendemos que não. Por isso, não se pode perder a esperança de construir sociedades melhores nesta região do planeta e lembrar que é dever de todo o democrata, como afirma Celso Lafer (1994), lembrando de Tocqueville, de velar e combater.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ARTURI, Carlos; OLIVEIRA, Renato de. Introdução. *In*: ARTURI, Carlos; MILANI, Carlos; SOLINÍS, Germán (Orgs.). **Democracia e governança global: que regulações para o século XXI**. Porto Alegre: UFRGS, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Trad. Daniela Beccaccia Versini Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CADERNOS PESQUISAS, N. 16. Governança Global: reorganização da política em todos os níveis de ação. São Paulo: Konrad Adenauer-Stiftung, 1999.

CAMARGO, Sonia de. Governança global: utopia, desafio ou armadilha? *In*: **CADERNOS PESQUISAS**, N. 16. Governança Global: reorganização da política em todos os níveis de ação. São Paulo: Konrad Adenauer-Stiftung, 1999.

CANÇADO TRINDADE, José Augusto. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

COMISSÃO SOBRE GOVERNANÇA GLOBAL. Nossa comunidade global. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. **A formação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CZEMPIEL, Ernst-Otto e ROSENAU, James N. (Orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UNB, 2000.

DE RENZIO, Paolo. Justiça como vantagem mútua em perspectiva internacional. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 34. São Paulo: CEDEC, 1994.

DEMOS. Governar a globalização: a política da inclusão: a mudança de responsabilidade compartilhada. México: UNESCO, 1998.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. Trad. Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

GÉNÉREUX, Jacques. **O horror político**: o horror não é econômico. Trad. Eloá Jacobina. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

_____. **Mundo em descontrole**: o que a globalização está fazendo de nós. Rio de Janeiro: Record, 2000.

HOLSTI, K. J. Governança sem governo: a poliarquia na política internacional européia do século XIX. *In*: CZEMPIEL, Ernst-Otto e ROSENAU, James N. (Orgs.). **Governança sem governo**: ordem e transformação na política mundial. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UNB, 2000.

IANNI, Octavio. **A sociedade global**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

KORTEN, David C. **Quando as corporações regem o mundo**: conseqüências da globalização da economia. Trad. Anna Terzi Giova. São Paulo: Futura, 1996.

LAFER, Celso. Apresentação. *In*: ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

MILANI, Carlos R. S. Governança global e meio ambiente: como compatibilizar economia, política e ecologia. *In*: **CADERNOS PESQUISAS**, N. 16. Governança Global: reorganização da política em todos os níveis de ação. São Paulo: Konrad Adenauer-Stiftung, 1999.

MOREIRA, Adriano. **Teoria das relações internacionais**. Coimbra: Almedina, 1996.

PACHECO, Ricardo. Prerrogativas locacionais face à economia globalizada: uma introdução conceitual. *In*: **CADERNOS PESQUISAS**. **Inserção na economia global**: uma reapreciação. N. 8. São Paulo: Konrad Adenauer-Stiftung, 1997.

ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. *In*: CZEMPIEL, Ernst-Otto e ROSENAU, James N. (Orgs.). **Governança sem governo**: ordem e transformação na política mundial. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UNB, 2000.

THUROW, Lester. C. **O futuro do capitalismo**: como as forças econômicas moldam o mundo de amanhã. Trad. Nivaldo Montingelli Jr. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **Por quien cantan las sirenas**: informes sobre eco-ciudadanía, ecología del derecho y de la política. Florianópolis: Segunda Versão Inédita, 1997.

WRISTON, Walter B. **O crepúsculo da soberania**: como a revolução da informação está transformando o nosso mundo. Trad. José Carlos Barbosa dos Santos. São Paulo: Makron Books, 1994.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES: RELACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO¹

Karol Tatiana Muñoz Bernal²

Julián Enrique Pinilla Malagón³

METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

La investigación que se realizó para llevar a cabo la presente ponencia, requirió del uso de una metodología comparativa, teniendo en cuenta la incógnita que surgió para la elaboración del escrito. Toda vez que para poder realizar una investigación de manera sucinta, fue indispensable poner de contraste temas tales como, bloque de constitucionalidad y supremacía constitucional, esto con el fin de reflejar la jerarquía que existe entre los dos, teniendo en cuenta jurisprudencia emitida por parte de la Corte Constitucional, respecto de la supremacía constitucional y el bloque de constitucionalidad y así

¹ Capítulo resultado de investigación del Proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, perteneciente a la Línea de Investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

² Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y miembro del semillero “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” de la Universidad Católica de Colombia.

Contacto: ktmunoz76@ucatolica.edu.co
³ Abogado de la Corporación Universitaria Republicana, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Público de la Corporación Universitaria Republicana, Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad El Bosque y Magister en Derecho la Universidad Sergio Arboleda.
Contacto: jepinilla@ucatolica.edu.co

mismo doctrinantes que se han pronunciado en cuanto al tema objeto de investigación.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la evolución del estado moderno, se ha esforzado por establecer una división de poderes y un control jurídico que permitan el cumplimiento de derechos, además, a través de la historia de la modernidad se ha presentado un incremento en el campo de los derechos humanos, derechos que han sido reflejados en el ordenamiento jurídico interno y en los innumerables tratados que en el ámbito del derecho internacional público se han producido (Carvajal, 2017).

En el sistema normativo hay disposiciones que tienden a perdurar en el tiempo, una de ellas es la constitución, y así ocurrió con la carta de 1886 (Aristizabal, 2010). El artículo 121 de la citada constitución, no hacía referencia en cuanto al tema de tratados internacionales, en el citado artículo se preceptuaba respecto al Derecho Internacional Humanitario al establecer que el Gobierno dispondrá de todas las facultades que, “conforme a las reglas aceptadas por el Derecho de Gentes, rigen para la guerra entre las naciones”. Constitución que tuvo vigencia hasta el año 1991, año en que fue convocada una Asamblea Nacional Constituyente, y expedida una nueva constitución.

Esta nueva constitución fue incluyente en la medida que suscribió referencias en cuanto al derecho internacional, como a los derechos humanos y otro tipo de obligaciones de carácter internacional.

En el sistema jurídico colombiano existen tres maneras diferentes en que las normas internacionales pueden ser integradas, siendo estas las siguientes: i) con rango constitucional; ii) rango supralegal y iii) con rango de ley. La regla general es que el derecho internacional adquiere el rango de ley en sistema jurídico colombiano a menos de la constitución disponga lo contrario. (Prada, 2014).

A partir del artículo 93 de la constitución política de Colombia, la cual establece que:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Es desde entonces, donde con base al citado artículo constitucional la honorable Corte Constitucional introdujo el llamado bloque de constitucionalidad. Lo que representa hoy en día el mecanismo de incorporación de normas internacionales. De conformidad con la sentencia C-225 de 1995 con magistrado ponente el doctor Alejandro Martínez Caballero, la Corte se pronuncia arguyendo que:

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución, por diversas vías y por mandato de la propia constitución.

Si bien las normas internacionales son integradas de diferente manera a nuestro ordenamiento jurídico colombiano, dependiendo del tipo de obligaciones que estas contengan. Esta ponencia se va a enfocar a resolver la cuestión respecto de: ¿Puede la constitución y el bloque de constitucionalidad guardar la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico colombiano cuando existen sanciones por el incumplimiento de Tratados Internacionales? En ese orden de ideas esta investigación hará énfasis en el rol predominante que tiene la justicia constitucional colombiana respecto del tema en cuestión.

Antes de desarrollar los mencionados ejes temáticos de la presente ponencia, es indispensable abordar el tema de justicia constitucional en Colombia, como fundamento primordial para continuar con esta investigación. Para el doctor Eduardo Andrés Velandia Canosa (2014), la jurisdicción constitucional colombiana tiene una misión multidimensional: i) Defender la supremacía constitucional dentro del sistema de fuentes del derecho, ii) tutelar jurisdiccionalmente los derechos humanos consagrados en la constitución, y iii) proteger los derechos humanos contemplados en la

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), reparando integralmente a la víctimas por la responsabilidad internacional del Estado y ejerciendo control de convencionalidad.

Cabe resalta que en el año de 1991 se aprobó un sistema de justicia constitucional, que tiene por objetivo perfeccionar la democracia y todos los supuestos planteados en la constitución (Rodríguez y León 2015), siendo así surgió la honorable Corte Constitucional, organismo encargado de la guarda de la supremacía e integridad de la constitución, haciendo uso del llamado control de constitucionalidad. El objetivo de este control es asegurar la forma de Estado creada por la constitución y contar con un mecanismo que garantizara la supremacía de la constitución sobre las leyes, los tratados y los decretos (Duarte y Duarte, 2010). Es por ello que el control de constitucionalidad consiste en confrontar las leyes y normas de carácter general con la constitución en cada uno de sus sentidos (Pinilla y Cubides, 2016). Es por ello que la mejor diferenciación entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad constituye una delimitación necesaria para establecer el margen de la aplicación del uno y del otro, aunque ambos estén dentro del fenómeno de la constitucionalización del derecho. Este fenómeno influye hacia los efectos que produce el texto normativo supremo de la constitución (Cubides, Sánchez y Martínez, 2016). Teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, daremos paso al desarrollo investigativo que compone esta ponencia, haciendo relevancia en cuanto al bloque de constitucionalidad y la supremacía de la constitución, para poder llegar a una respuesta, a la pregunta anteriormente hecha en la presente investigación.

1 RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR EL INCUMPLIMIENTO DE TRATADOS INTERNACIONALES

Para iniciar este acápite, se entiende por Derecho Internacional aquel que regula las relaciones entre Estados, entre estos y otros sujetos de derecho internacional, tales como los organismos internacionales, la Orden Soberana de Malta, La Santa Sede, y entre otros. (Santa Lucía y Seferian, 2001).

El concepto de “Derecho Internacional” tiene su génesis en el *ius Gentium* romano a lo que traduce (derecho común de los pueblos). No obstante, la doctrina amplía este concepto dándole una nueva denominación como el “*ius inter gentes*”, noción que, según

Kant, debía entenderse como el derecho de los Estados (Verdross, 1982).

Si bien los Estados son reconocidos como sujetos de derecho internacional inmersos en una comunidad de Estados, ante el eventual incumplimiento de las obligaciones adquiridas a través de lo que se conoce como “Tratado Internacional”, se vería comprometida la responsabilidad estatal frente al Estado que incumplió el tratado. Por otro lado la relación que existe entre el derecho interno y el internacional es indispensable para entender el fundamento de la responsabilidad internacional de los Estados, que es el objeto de este primer eje temático.

La relación entre derecho internacional y derecho interno, ha sido estudiada por las teorías dualistas y monistas, sosteniendo la teoría dualista, el pluralismo entre el derecho interno y el internacional al considerarlos como derechos separados e independientes. Por otro lado, la teoría monista, defiende la unidad del derecho que parte de la subordinación del derecho internacional y el derecho interno, donde se ha generado una discusión dado que para algunos prima el derecho interno, y para otros se deriva del derecho internacional. De este modo llegando a afirmar la prevalencia del derecho internacional como la tendencia mayoritaria, tendencia que ha sido apoyada por la jurisprudencia que se ha pronunciado a favor del derecho internacional.⁴ Al respecto Carrillo (1969) anota, que la jurisprudencia internacional ha rechazado de manera reiterada la tesis de que el Estado soberano no esté sujeto al derecho internacional, y ha afirmado la primacía de este último.

El ordenamiento jurídico internacional no tiene estructura como la que se encuentra de manera interna en los Estados, carece el derecho internacional público de órgano legislativo central. Sus normas generales solo pueden surgir de una cooperación de los Estados. Lo cual pone de manifiesto el carácter cooperativo del Derecho Internacional Público (Verdross, 1982). En concordancia a lo anterior el jurista Hans Kelsen (1965), sostiene que:

⁴ La posición que la Corte Internacional de Justicia ha formulado a través de la jurisprudencia internacional y de numerosas resoluciones, ha sido la de aplicar el principio de primacía del derecho internacional sobre el interno. Se ha sostenido reiteradamente esta primacía, “ya que es un principio generalmente reconocido en las relaciones internacionales entre los Estados partes de un tratado” (C.P.J.I., Serie B, No. 17, P 32)

A falta de un poder ejecutivo organizado internacionalmente, los tribunales internacionales deben limitarse a constatar la violación de una obligación internacional y a ordenar la reparación del daño causado. El tribunal internacional no tiene poder para hacer cumplir su fallo.

Es por ello que concierne a cada Estado, como miembro de la comunidad internacional, hacer efectivo el cumplimiento de las normas internacionales.

Si bien se entiende que el Estado tiene la facultad de contraer compromisos u obligaciones en su relación con los demás sujetos internacionales, hace posible que se genere la figura de la responsabilidad internacional. Siguiendo esta idea Camargo (1983) sostiene que:

Antiguamente se sostuvo que el Estado, por virtud de su soberanía no podía incurrir en responsabilidad jurídica internacional. Pero si se acepta que el Estado es una institución jurídico-política que cumple funciones tanto internas como externas, como sujeto de derecho internacional está obligado a respetar el orden jurídico internacional; si lo viola, incurre en Responsabilidad Internacional Estatal. (p. 478).

El principio de la responsabilidad internacional es prácticamente nuevo, puesto que hasta que se firmó la Carta de la Naciones Unidas los Estados generalmente eran irresponsables de sus actos, al punto que los perjudicados recurrían a la fuerza para conseguir el resarcimiento de los perjuicios sufridos (García de Carvajalino, 1997). A lo que el tratadista Monroy Cabra (1998), afirma que la responsabilidad:

Es una institución jurídica en virtud de la cual el Estado al cual es imputable un acto ilícito según el derecho internacional, debe reparación al Estado contra el cual fue cometido ese acto. La responsabilidad internacional se configura por lesión de derechos de otro Estado o por un acto u omisión ilícita que cause daños a un extranjero, en cuyo caso la responsabilidad surge frente al Estado del cual el extranjero es nacional. (p. 110).

Teniendo en cuenta los aportes de los doctrinantes anteriormente citados, nos han dado un acercamiento dentro del cual

se entiende que el sujeto de derecho internacional incurre en responsabilidad. Es por ello, que la responsabilidad internacional es una institución jurídica que resulta imputable al sujeto de derecho internacional por la comisión de una acción u omisión que resulta contraria a sus obligaciones como sujeto internacional, hecho que resulta conforme al derecho internacional como un ilícito, y que además la obligación de una reparación frente a otro sujeto que resultó lesionado.

De acuerdo a Jimenez de Arechaga (1980) y Gaviria (1998) los elementos constitutivos de responsabilidad internacional son:

- La existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma de derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión
- El acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica
- Debe haberse producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito. (p. 212)

Reuniendo estos elementos, la responsabilidad del Estado por hecho ilícito internacional origina una nueva obligación para el Estado infractor, esta es, la de reparar al Estado lesionado. Es un principio fundamental reiterado en la jurisprudencia internacional. Las sentencias del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, respecto al asunto *Chorzow*, sentencia 26 de julio de 1927: “Es un principio de derecho internacional que la violación de un compromiso lleva consigo la obligación de reparar en forma adecuada”.

Para finalizar este acápite, la responsabilidad internacional del Estado se configura, por consiguiente, como una relación de Estado a Estado en la que la reparación constituye la consecuencia casi exclusiva de la relación jurídica de responsabilidad, cualquiera sea la modalidad que dicha reparación pueda revestir

2 BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

En principio los derechos humanos provienen de tratados internacionales que no son exigibles judicialmente, sino que obedecen a su carácter de voluntades sin la mayor obligatoriedad por parte de los Estados que los acojan. Al convertirse en derechos

fundamentales, pasan de un discurso de voluntad de obligatoriedad para los Estados y después, desde las mismas constituciones se introducen al espacio internacional por medio de la vinculación de derechos fundamentales internacionales, que, en el caso colombiano, forman parte del bloque de constitucionalidad (Velasco y Llano, 2016).

En Colombia, la Corte Constitucional desarrolló el concepto del bloque de constitucionalidad, de acuerdo a las disposiciones normativas que incorporaban al derecho internacional mediante los artículos 93, 94, 101 y 214 de la carta política.

La primera aproximación y delimitación del bloque permitía una comprensión de la constitución más allá de sus contenidos formales y materiales, posición que fue duramente criticada por generar una apertura indefinida de la constitución, y porque no se conocía que hacía parte del bloque y qué no, lo que generaba una inseguridad jurídica innecesaria (Uprimny-Yepes, 2005).

A manera de concepto el bloque de constitucionalidad define los parámetros del control de constitucionalidad, es decir, determina qué tratados de derechos humanos componen ese parámetro y cuáles son los nuevos derechos que amplían la interpretación constitucional.

Se destaca que una de las características constantes en los contenidos del bloque es la integración en una unidad normativa de diversos tipos de normas. Este conjunto normativo sirve de base para confrontar una norma del ordenamiento jurídico y determinar su validez (Suelt-Cock, 2016).

A partir de la constitución de 1991, aquellas normas que contemplan el bloque de constitucionalidad lo componen los tratados internacionales de derechos humanos. Es por ello que la introducción de esta nueva figura, supuso una nueva visión en cuanto a la garantía de los derechos humanos en la legislación interna y la necesidad de que la normativa sea coherente con la internacional, teniendo una relación dinámica frente a estas dos legislaciones.

El bloque de constitucionalidad destaca la aparición de los sentidos *strictu sensu* y *lato sensu*. Estos sentidos permiten comprender la naturaleza del bloque. El profesor Rodrigo Uprimny (2005), en el año 2000, tras el estudio de toda la jurisprudencia, se dio cuenta de todos los instrumentos que hasta ese momento

componían el concepto de bloque de constitucionalidad teniendo en cuenta los dos sentidos desarrollados por la Corte Constitucional.

El sentido *strictu sensu*, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional conforme a la sentencia C-191 de 1998, con magistrado ponente el doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, en donde la honorable Corte se manifiesta de la siguiente manera:

Se ha considerado que el sentido *strictu sensu* se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (Constitución Política, 1991, artículo 93).

Por otro lado, en sentido *lato sensu*, la Corte Constitucional, en sentencia C-423 de 1995, con magistrado ponente el doctor Fabio Morón Díaz, la Corte se pronuncia manifestando que:

Comprende aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta aceptación el bloque de constitucionalidad estaría conformado no solo por el articulado de la constitución sino entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones por las leyes estatutarias.

Por su parte el profesor Ramelli (2004) ha señalado que; en primer lugar, en lo concerniente a las normas convencionales, el juez constitucional ha sido enfático en exigir que estas deben reconocer un derecho humano, con lo cual, se estaría en frente ante un catálogo de tratados internacionales, de carácter universal. En el año 2003 se ha venido desarrollando el ejercicio del llamado control de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Por medio del cual se ha ocasionado que los órganos de justicia supranacionales señalen que los jueces nacionales tienen la obligación de inaplicar aquellas normas internas que vulneren los derechos humanos, ello por la primacía y eficacia directa que representan los tratados internacionales de derechos humanos (Sierra, Cubides y Carrasco, 2016).

Además del control abstracto de constitucionalidad y de la integración de tratados internacionales de derecho humanos y del derecho internacional humanitario, es importante señalar que en Colombia el bloque de constitucionalidad lo integran los derechos tales como: a la vida y a la integridad personal, entre muchos otros (Arango, 2004).

En suma, puede comprenderse que el bloque de constitucionalidad está compuesto por un conjunto de normas que se encuentra fuera del texto constitucional, pero que por remisión constitucional y desarrollo jurisprudencial integran el parámetro de constitucionalidad.

Dentro del bloque stricto sensu, la Corte Constitucional incluyó diversas normas tales como: el preámbulo de la constitución, los tratados internacionales de derechos humanos que no pueden suspenderse en estados de excepción, principios internacionales entre otros.⁵

De lo anterior se destaca una variedad de normas que componen el bloque de constitucionalidad, al respecto la Corte Constitucional señala que:

El control constitucional de una ley deberá verificarse no solo frente al texto formal de la Carta, sino también a partir de su comparación con otras disposiciones de carácter supralegal que tiene relevancia constitucional.⁶

Es decir, que el conjunto de normas que se utilizan como parámetro para analizar la validez constitucional de las leyes integra el denominado bloque de constitucionalidad.

La figura del bloque de constitucionalidad en Colombia ha permitido que los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario adquieran un tipo de fuerza práctica en el derecho colombiano. Teniendo en cuenta que, en Colombia a partir del año 2000, la Corte Constitucional ha sido relevante en la

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-472 de 1992, Magistrado Ponente; José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-582 de 1999, 11 de agosto 1999, Magistrado Ponente; Alejandro Martínez Caballero

importancia hermenéutica de estos tratados internacionales en el control de constitucionalidad.

No obstante, se ejerce un control denominado control de convencionalidad por parte de órganos internacionales perteneciente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en donde su objetivo primordial es brindar seguridad jurídica a los Estados partes que han ratificado tratados internacionales en su ordenamiento jurídico interno. (Pinilla y Cubides, 2016).

Sin embargo, se ha sostenido que el artículo 93 debe interpretarse según los deberes y derechos consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados en Colombia, en el entendido de que los tratados internacionales tienen un carácter prevalente en el orden interno. (Suelt- Cock, 2016, p. 35). Teniendo en cuenta lo anterior, nos encontramos que en cuanto a la importancia que tiene la legislación internacional, esta tendrá una prevalencia sobre el derecho interno, de esta manera, podemos tener una aproximación respecto a la jerarquía que guarda el bloque de constitucionalidad con la Constitución Política de Colombia.

3 SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Hoy en día las constituciones modernas se erigen, más que unos mandatos pragmáticos a consagrar unos catálogos primigenios generacionales de derechos o enunciados descriptivos, se suma a establecer los actos de poder que se marcan en las funciones del Estado (Garzón, 2014). El autor nos plantea cuatro criterios bajo lo anteriormente dicho.

- La constitución como norma jurídica de aplicación y de exigibilidad directa.
- La constitución como aquella que somete y determina la vigencia de otras normas.
- La supremacía de la constitución como constitucionalización del derecho.
- La supremacía de la constitución en el plano de la interpretación constitucional

Es claro que las constituciones de algunos Estados han tenido grandes avances en materia de protección a los derechos humanos, dentro de los cuales está la supremacía constitucional, lo

cual implica evitar que ningún acto u omisión de los tres poderes que conforman el Estado colombiano sean dictados en contra de lo previsto por la norma base del sistema nacional y para constar su “fuerza”, deben guardar lealtad y coherencia con lo establecido en la constitución (Martínez, Cubides y Reyes, 2016).

En la historia constitucional colombiana no se consideraba a la constitución política como aquella norma suprema que establecía los criterios constitucionales del país, al respecto el profesor Manuel Quinche Ramírez (2010), anota lo siguiente:

(...) La constitución no era una norma jurídica invocable ante los tribunales. La constitución simplemente, se repitió por todas las salas del Tribunal Supremo, no era una norma jurídica que vinculase directamente a los sujetos públicos ni a los privados y que por lo tanto los tribunales no debían siquiera consultarla para dictar sus sentencias (p. 77).

Se puede observar en el Estado legislativo, las constituciones no eran vinculantes ni superiores a la legislación ordinaria y esto hacía que el poder legislativo tuviera supremacía frente a la constitución (Velasco y Llano, 2015).

No obstante, en el año de 1991, la constitución colombiana se consagró como norma de contenido fundamental de aplicación directa que resuelve los casos en particular, otorgándole a los ciudadanos herramientas de carácter jurídico para que hacer exigibles sus derechos ante los funcionarios públicos y en suma a los particulares.

En este orden de ideas la Corte Constitucional colombiana manifestó lo siguiente:

El Juez administrativo con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de trasgresión de aquellos (Corte Constitucional, Sentencia SU 039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell)

La constitución determina la producción y el sistema jerárquico de la norma, se basa en un criterio de validez jurídica, que

no es más que esfuerzo del positivismo jurídico donde fue necesario un mandato de jerarquía normativa. Es necesario destacar que a raíz del positivismo, las reglas de corte metodológico permiten determinar las garantías dadas por el Estado y contenidas en la constitución, pero que también son extensibles a circunstancias fácticas que exceden el razonamiento jurídico previo. (León, 2016).

Cuando describimos el sentido, o el significado de un acto que instituye una norma, se estará frente a cierto comportamiento humano que es ordenado, prescripto, preceptuado, prohibido, o bien admitido, permitido, autorizado. (Kelsen, 2007).

Además, la constitución determina los requisitos, trámites y procedimientos a que deben someterse las normas del ordenamiento jurídico, recalando que, si estas no se someten al trámite fijado, se estaría quebrantando el mandato constitucional y por tanto debe ser retirada del ordenamiento. La constitución es la norma que regula la expedición y relación de todas las normas que comprenden el ordenamiento jurídico, indica la autoridad que la expide, el procedimiento, y la materia de regulación. (Charry, 1991).

Con respecto al tema de la interpretación constitucional, existen dos fuentes jurídicas en relación al control de constitucionalidad. Siendo la primera fuente denominada como derecho anglosajón (Common Law) y la segunda Derecho Continental Europeo (Civil Law). En el Derecho Anglosajón el criterio de la supremacía constitucional fue bajo el denominado judicial, donde se sentaron sus bases en tres cimientos; i) The College of Physicians vs Doctor Thomas Bonham (conocido como Bonham's case) del Juez Coke, ii) Marbury vs Madison, del Juez Marshall de 1803 y iii) La constitución norteamericana de 1787. En los anteriores casos, se hizo uso de un control difuso, lo que quiere decir que cualquier juez debe inaplicar la norma legal cuando esta quebrante la norma superior. Siendo su efecto *inter partes* y solo referido al caso en concreto fijando los Derechos Humanos y la Constitución como el vínculo entre la sociedad y el Estado.

En contra posición el Derecho Continental Europeo, teniendo como influencia al jurista austriaco Hans Kelsen propuso en 1928 la denominada "Garantía jurisdiccional constitucional", en donde la idea de esta propuesta, era la creación de un órgano jurisdiccional que sea el encargado de defender la constitución frente a las demás normas y poderes públicos imponiendo medidas tales como, el control por vía de acción y de excepción, pilares que fueron el resorte de la

constitución austriaca de 1920. Al respecto Zamudio y Mac Gregor (2009) dos respetados juristas anotan lo siguiente:

En efecto, la constitución como norma jurídica se consagró en la constitución federal austriaca de 1920, que recogió el pensamiento del ilustre Hans Kelsen quien además de ponente fue miembro de la comisión de constitución del congreso constituyente. Dicho documento fundamental estableció la Corte Constitucional, como un organismo constitucional autónomo fuera del poder judicial, con el objeto de resolver, los conflictos surgidos de la aplicación de las normas fundamentales⁷. (p. 5).

En la justicia constitucional se enmarca el criterio axiológico de la decisión judicial, siendo el resorte la justicia, las garantías judiciales, la eficacia jurídica, el debido proceso, y las libertades públicas. Así el juez está supeditado no solamente a hacer un control de legalidad, sino un control judicial constitucional, ya sea por el precedente vinculante del órgano concentrado guardián de la Carta Magna, sino que su decisión crea un impacto en los ciudadanos y esta a su vez debe ser lo más plausible para evitar la inequidad jurídica (Garzón, 2014). Es por ello que la constitución no es solo un mandato de normas, sino que también tiene una existencia misma en el Estado, y en ese sentido, se reconoce a aquella, como norma suprema dentro de nuestro ordenamiento colombiano.

CONCLUSIONES

Si bien el Estado tiene una competencia territorial respecto de los actos o hechos que ocurren en el territorio, así como también de sus nacionales y de quienes se encuentren en su territorio nos lleva a afirmar la existencia del deber de cada sujeto internacional, es decir de respetar el ordenamiento interno de los demás miembros de la comunidad.

⁷ “Con la carta fundamental austriaca, se generó un nuevo régimen de control de constitucionalidad diverso del estrictamente político que había funcionado en ese continente con anterioridad. Este nuevo sistema calificado como Continental Europeo o Kelseniano, el que se ha caracterizado por configurar un sistema calificado de concentrado (en contraste del sistema difuso americano), cuya vía es directa ante el órgano especializado, y sus efectos generales y erga omnes en los supuestos de impugnación de normas legislativas”.

Bajo este entendido, y a lo largo de esta investigación, el primer acápite, nos deja en claro que el derecho internacional no se caracteriza por estar consagrado, sino que por el contrario, busca a través de principios reglar la conducta de los miembros que hacen parte de la comunidad internacional, estableciendo un blindaje en el cual se protejan los derechos de los mismo sujetos. Y además de ello la jurisprudencia citada en esta investigación, es clara respecto a la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno independientemente de cada Estado.

Por otro lado, el Estado que contrae obligaciones con sujetos internacionales, tiene por ende la obligación jurídica de introducir en su legislación las modificaciones necesarias para el cumplimiento de las mismas. Es por eso que, el derecho interno no puede ser opuesto al derecho internacional.

En sistema jurídico colombiano la validez de los Tratados dependerá de una declaratoria de exequibilidad de la ley aprobatoria que contiene el texto del tratado.

En nuestro segundo punto, se hizo un recorrido histórico respecto al tema de bloque de constitucionalidad, teniendo auge en el año 1991 con la nueva Constitución Política Colombiana, permitiendo la entrada a Tratados Internacionales, sin embargo, a lo largo del trabajo se evidenció que independientemente a lo que se regula de manera interna en el territorio colombiano, los tratados internacionales guardan una preferencia por encima de lo establecido en Colombia.

No obstante, en lo relativo a la supremacía constitucional, esta tiene una concepción en varios Estados en donde se reconoce a la constitución como norma de normas, y al ser esta norma fundamental debe ser resguardada y protegida. En ese sentido en Colombia se adoptó la tesis compartida por el célebre Jurista Hans Kelsen, al crearse en 1991 la Corte Constitucional, órgano que hoy en día es el encargado de proteger la guarda de la integridad y supremacía del texto constitucional adoptado y aceptado por todos los ciudadanos del Estado Colombiano.

REFERENCIAS

Doctrina

- Arango, M. (2004). El Bloque de Constitucionalidad En la Jurisprudencia De la Corte Constitucional Colombiana. Recuperado 23 de junio, de 2018, de: <http://www.icesi.edu.co/contendio7pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>.
- Aristizabal, M. (2010). Una Constitución, Veinte Reformas. Revista Novum Jus de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá. P. 6.
- Camargo, P. P. (1983). Tratado de Derecho Internacional. Editorial Temis. Bogotá.
- Carrillo, J. A. (1969). Soberanía del Estado y de derecho internacional. Editorial Tecno. P. 75. Madrid.
- Carvajal, J. E. (2017). Transformaciones Del Derecho y Del Estado, Un Espacio De Reflexión De Novum Jus. Revista Novum Jus de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá.
- Charry, J. M. (1991). Sistema Normativo De La Constitución De 1991. Editorial Temis. P. 1. Bogotá.
- Cubides, J. Sánchez, M. N y Martínez, A. J. (2016). La Implementación de Parámetros Convencionales En La Justicia Constitucional Colombiana. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. P.16.
- Duarte, C y Duarte M. (2010). Control de Constitucionalidad Concentrado y Difuso. Buenos Aires: Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires.
- Ferrer, M. G y Fix, H. (2009). Las Sentencias De Los Tribunales Constitucionales. Editorial Porrúa. México.
- García, Y. (1997). Compendio de Derecho Internacional Público. P. 114.
- Garzón, E. F. (2014). De La Supremacía de la Constitución a la Supremacía de la Convención. Recuperado 23 de junio, de 2018, de: <http://www.unilibre.edu.co/verbaIuris/31/de-la-supremacia-de-la-constitución-a-la-supremacia-de-la-convención.pdf>
- Kelsen, H. (2007). Teoría Pura Del Derecho. Editorial Porrúa. P. 23
- Kelsen, H. (1965). Principios de Derecho Internacional Público. P.120
- León, J.E. (2016). El constitucionalismo desde el positivismo. Los Derechos Innominados Y La Praxis Jurídica. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. P.8.
- Martínez, A. J, Cubides, J. y Reyes, D. I. (2016). Límites De La Jurisdicción Militar Determinada En Los Casos Mexicanos Ante La Corte Interamericana De Derechos Humanos Que Crea Directrices Para Los Estados Parte Del Sistema Interamericano De Derechos Humanos. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. P. 93.
- Monroy, M, G. (1998). Derecho Internacional Público. Editorial Temis. Bogotá

Pinilla, J. E y Cubides, J. (2016). El Control de Constitucionalidad: Construcción Dogmática En Colombia y Argentina. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. P. 102.

Prada, M.A. (2014). La Integración Del Derecho Internacional En El Sistema Colombiano. Recuperado 26 de junio, de 2018, de: https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.365-392.pdf.

Quinche, M. F. (2010). Derecho Constitucional Colombiano de la Carta 1991 Y Sus Reformas. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá. P. 77.

Ramelli, A. (2004). Sistema de Fuentes del Derecho Internacional Público y “Bloque de Constitucionalidad en Colombia”, Once Cuestiones Constitucionales. Recuperado de 25 de junio, de 2018, de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501105>.

Rodríguez, D.M y León, J. E. (2015). La Lógica de La Función Judicial: Análisis En Marco De La Justicia Constitucional. Revista Novum Jus de la Universidad Católica de Colombia. P. 18.

Sierra, P.A, Cubides, J. y Carrasco, H. (2016). El Control de Convencionalidad: Aspectos Generales En El Sistema Interamericano De Derechos Humanos Y En El Derecho Colombiano. Universidad Católica de Colombia. Bogotá. P. 56.

Suelt, V. (2016). El Bloque de Constitucionalidad Como Mecanismo de Interpretación Constitucional. Aproximación A Los Contenidos Del Bloque En Derecho En Colombia. Bogotá. P. 310.

Uprinmy, R. (2005). El Bloque de Constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal. Recuperado 28 de Junio; de 2016 de: [http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad\(Uprinmy\).pdf](http://redescuelascsa.com/sitio/repo/DJS-Bloque_Constitucionalidad(Uprinmy).pdf). Bogotá.

Velandia, E. A. (2014). La Justicia Constitucional En Colombia. Conferencia dictada en la Universidad de Boloña. P. 1

Velasco, N. y Llano, J. (2015). Teoría Del Derecho, Neoconstitucionalismo Y Modelo De Estado Constitucional En El Contexto Colombiano. Revista Novum Jus de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá. P. 18.

Velasco, N. y Llano, J. (2016). Derechos Fundamentales: Un Debate Desde La Argumentación Jurídica, El Garantismo Y El Comunitarismo. Revista Novum Jus de la Universidad Católica de Colombia. Bogotá. P.19.

Verdross, A. (1982). Derecho Internacional Público. Editorial Aguilar. Madrid. P.3.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-225 de 18 de mayo de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-191 de 06 de mayo de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-423 de 21 de septiembre de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. (1992). Sentencia C- 472 de 23 de julio de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Constitucional. (1999). Sentencia C- 582 de 11 de agosto de 1999. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. (1997). Sentencia SU- 039 de 03 de febrero de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Corte Permanente de Justicia Internacional. (1927). Sentencia 26 de julio de 1927. Asunto “Chorzow”. Serie B No 17. P. 32

Legislación

Diario Oficial. Constitución Política de Colombia 1991.

APLICACIÓN HERMENEÚTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ¹

Angélica Grandas Ferrand²

Jaime Cubides Cárdenas³

INTRODUCCIÓN

A propósito del momento histórico que está viviendo Colombia actualmente, realizando una importante transición a una era

¹ Capítulo resultado de investigación del Proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, perteneciente a la Línea de Investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

² Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” y del semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional de Derechos Humanos” vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: amgrandas59@ucatolica.edu.co.

³ Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magíster en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magíster en Derecho de la misma casa de estudios, Doctorando en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente asociado e Investigador Senior y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 en Convocatoria 781 de 2017 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC). Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co.

de Paz dentro de las negociaciones realizadas en La Habana Cuba, se establecieron ciertos puntos relevantes con el fin de asegurar la verdad, la reparación y la no repetición a las víctimas del conflicto armado de una guerra que se suscitó en este país por más de 50 años, y en la cual participaron como victimarios los miembros de la Fuerza Armada Revolucionaria de Colombia Ejército del Pueblo (en adelante, FARC-EP); puntos de negociación que se tradujeron específicamente en mecanismos de justicia dentro de un componente del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR) denominado la “*Jurisdicción Especial para la Paz*” más conocida como (JEP), “*que tiene la característica de ser el primer órgano jurisdiccional, es decir, un tribunal ad hoc, en Colombia con la función de investigar y juzgar a todos aquellos que participaron directa o indirectamente en el conflicto armado* (Cubides & Grandas, 2017, p. 148). Dentro de la estructura de la JEP, se encuentra el Tribunal para la Paz facultado para ejercer las funciones jurisdiccionales correspondientes que se enunciarán en el desarrollo de esta investigación, el tribunal en mención se puso en marcha en el mes de febrero del año en curso con más de 6.400 solicitudes de casos para analizar.

Ahora bien, todo lo anterior es resultado del Acuerdo Final para la Paz debatido por más de cuatro años entre el Gobierno colombiano y las FARC EP, acuerdo que se enmarca dentro de lo que se conoce como un pacto nacional, generando altas expectativas en la protección de derechos humanos vulnerados sucesivamente a las víctimas del conflicto armado, y sobre todo en la aplicación de una justicia que asegurará la reparación integral de las mismas. Es así como en el presente estudio a través de un método descriptivo e interpretativo, se analizará específicamente si el SIVJRNR que surge como consecuencia del Acuerdo Final para la Paz (pacto nacional), es la materialización y correcta aplicación de una justicia constitucional; para lo anterior, es importante realizar anticipadamente un estudio de una figura jurídica que incide en el proceso que lleva a cabo la Jurisdicción Especial para la Paz, es decir, el Control de Convencionalidad como fundamento de la creación de un Tribunal de Justicia Constitucional, el cual no hace parte de ninguna rama del poder público, conforme a los argumentos que se expondrán en este artículo.

En razón a lo anterior, se abordarán cuatro ejes temáticos principales, en primer lugar, se enunciará a grandes rasgos la estructura de la JEP ahondando específicamente en las

competencias del Tribunal para la Paz, posteriormente, se conceptuará sobre el Control de Convencionalidad, su noción y clasificación, a continuación, se abordará la justicia constitucional su origen, concepto y clasificación, para finalmente a modo de cierre de investigación, se expresen los fundamentos convencionales y constitucionales que respaldan la Jurisdicción Especial para la Paz.

1 ANTECEDENTES Y ESTRUCTURA DE LA JEP

Para abordar este tema, debemos dirigirnos de inmediato a las negociaciones realizadas desde el año 2012 entre el Gobierno de Colombia y las FARC – EP, durante los cuatro años de diálogos, encuentros, conversaciones y acuerdos parciales (Loverdos, 2017) en la que se proferían continuamente una serie de comunicados con el fin de publicitar algunos asuntos claves respecto a lo que se implementaría en el Acuerdo Final, precisamente con el objeto de conseguir la paz, lo cual no consistía simplemente en que unos insurgentes entreguen las armas y se reintegren a la vida civil y la democracia, sino que resulta mucho más complejo (Cárdenas, 2017, p. 104). El comunicado que da origen a la JEP es el identificado con el número sesenta (60) expedido el día 23 de septiembre de 2015, dentro del Sistema Integral de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición, el cual, en palabras del Alto Comisionado para la Paz se compone de la siguiente manera:

TABLA 1

Mecanismos Judiciales	Mecanismos Extrajudiciales	Medidas
✓ Jurisdicción Especial para la Paz.	✓ Unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado.	✓ Reparación integral para la construcción de la paz.
	✓ Comisión para el esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición.	✓ Garantías de No Repetición.

FUENTE: ELABORACIÓN PROPIA

La JEP tiene como objetivos principales el investigar, juzgar y sancionar los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, para lograr los objetivos fijados de satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica (Gobierno Colombiano & FARC EP, 2016, p.143).

Cabe resaltar que es una jurisdicción especial transitoria, por lo que se fija un plazo de 10 años para el cumplimiento de sus actividades, contados a partir de que entren en funcionamiento todas las Salas de la JEP, prorrogado por 5 años más si no alcanza a concluir sus funciones, tal mecanismo “supone la transición hacia una sociedad transicional, dejando a un lado la impunidad y la ignorancia y buscando la reconciliación social” (Cáceres, 2013, p. 63).

La JEP se estructurará en cinco salas de la siguiente manera;

- a. **Sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas:** Es en esta Sala donde se relaciona la justicia general con la Jurisdicción Especial para la Paz, debido a que una de sus funciones principales es la de recibir informes acerca de las investigaciones que estén cursando sobre conductas cometidas con ocasión al conflicto armado, de cualquier jurisdicción que opere en Colombia “y ponerlas a disposición de los presuntos responsables para que por ellos se tome la decisión de comparecer o no comparecer a efectuar reconocimiento de verdad y responsabilidad o comparecer a defenderse de las imputaciones formuladas” (Ibídem, pp. 154-157).
- b. **Sala de Amnistía o indulto:** Esta sala será la encargada de recibir las recomendaciones de la Sala de reconocimiento de Verdad y responsabilidad y aplicará la amnistía y el indulto a aquellas personas condenadas por esos delitos que se estudiarán con posterioridad. Según la Ley 1820 de 2016, se fija un término de 3 meses para resolver la solicitud de amnistía que sea solicitada a la Sala, pero estará sujeta a la condición de que el destinatario haya concluido el proceso de dejación de armas.

- c. **Sala de definición de situaciones jurídicas:** La cual decidirá las situaciones jurídicas de aquellos que se han vinculado al SIJVRNR que tengan o no alguna responsabilidad, también definirá el tratamiento que se le dará a las sentencias de personas que hayan sido condenadas anteriormente por la justicia ordinaria y evitará que el Tribunal para la Paz se congestione. Mediante la ley 1820 de 2016 se define el ámbito de competencia personal de ésta Sala, que conocerá de las situaciones jurídicas de siguientes sujetos:
- Integrantes de las FARC-EP que estén dentro de los listados entregados por los representantes de la organización designados para este fin.
 - Personas que, por conductas desplegadas en contextos relacionados con el ejercicio del derecho a la protesta o disturbios internos, hayan sido perseguidas penalmente, por los delitos específicos⁴ contemplados en el Código Penal.
 - Personas que estén procesadas o que hayan sido condenadas por delitos políticos o conexos vinculados a la pertenencia o colaboración con las FARCEP, sin que se reconozcan parte de la anterior organización.
- d. **Unidad de Investigación y Acusación:** En primer lugar, es la encargada de hacer efectiva la reparación y asegurar el derecho de las víctimas cuando no haya reconocimiento de responsabilidad. Por otro lado, investigará y acusará ante el Tribunal para la Paz a las personas cuyos casos le hayan sido remitidos por la Sala

⁴ Artículos 112 (lesiones personales con incapacidad menor a 30 días), 265 (daño en bien ajeno), 353 (perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial), 353A (obstrucción a vías públicas que afecte el orden público), 356A (disparo de arma de fuego), 359 (empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos), 429 (violencia contra servidor público), 430 (perturbación de actos oficiales) y 469 (asonada) del Código Penal colombiano. Otras personas condenadas por delitos diferentes a los anteriores como consecuencia de participación en actividades de protesta, podrán solicitar a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas el ejercicio de sus competencias respecto a sus condenas, si pudieran acreditar que las conductas por las que fueron condenados no son de mayor gravedad que las establecidas en los anteriores artículos del Código Penal. (Artículo 29, numeral 2 Ley 1820 de 2016)

de reconocimiento de verdad y responsabilidad, por la Sala de definición de situaciones jurídicas o por la sección de revisión del Tribunal para la Paz, y solicitará ante la Sección de primera instancia del Tribunal para la Paz para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad, la adopción de medidas de aseguramiento y cautelares para garantizar el buen fin del proceso (Ibídem, p.159).

2 EL TRIBUNAL DE PAZ COMO ÓRGANO SANCIONADOR

Conformado por veinte magistrados, cinco en cada una de las secciones respectivas, aquellos deben ser expertos en las distintas ramas del derecho, tener conocimientos del DIH, Derechos Humanos y resolución de conflictos y deberán reunir los mismos requisitos para ser magistrado de las Altas Cortes de Colombia, como la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

El Tribunal para la Paz es el órgano intrínsecamente ligado al procedimiento que aplicará el componente de justicia. Por un lado, el procedimiento en caso de reconocimiento de verdad y de responsabilidad y paralelamente el procedimiento en caso de ausencia de responsabilidad. Para el desarrollo de sus funciones, contará con cuatro secciones;

Sección de primera instancia en caso de reconocimiento de verdad y responsabilidad

Encargada de estudiar la resolución proferida por la Sala de reconocimiento de verdad y responsabilidad y verificar si existe relación entre las conductas realizadas, los responsables y las sanciones correspondientes, en caso de no existir correlación, está facultada para recibir testimonio de aquellos que reconocen la responsabilidad, en cualquier caso, emitirá sentencia con la sanción prevista en el listado de sanciones fijando las condiciones de su cumplimiento, y por último, tiene la función de supervisar la ejecución de tal providencia.

Sección de primera instancia para casos de ausencia de reconocimiento de verdad y responsabilidad

Realizará un juicio contradictorio a aquellos que no reconozcan la responsabilidad y así mismo impondrá las sanciones

ordinarias establecidas para aquellos que no cumplan con los requisitos que otorgan los beneficios correspondientes. En el caso de que se inicie un juicio contradictorio, pero en el transcurso del proceso el enjuiciado reconozca la responsabilidad y la verdad, se impondrán sanciones alternativas de las que más adelante se estudiarán, pero éstas tendrán un mayor carácter de severidad. Cuando las circunstancias de una conducta se adecuen para otorgar la amnistía o indulto, podrá remitir tal información a la Sala de Amnistía e Indulto.

Sección de revisión de sentencias

Es la encargada de revisar las condenas impuestas y decidir la sanción según la lista de sanciones determinando si ya hubo cumplimiento de la misma. Si el condenado realiza la petición de revisión, ésta sala también podrá realizarlo cuando: “exista variación de la calificación jurídica, por aparición de nuevos hechos que no pudieron ser tenidos en cuenta con anterioridad; o cuando surjan pruebas no conocidas o sobrevinientes no conocidas al tiempo de la condena” (Ibídem, p. 163), es importante aclarar que la revisión por la Jurisdicción Especial para la Paz de las sentencias proferidas por la justicia no tendrá nunca como consecuencia la exigencia de responsabilidad de ningún tipo a los jueces que las hubieran proferido como consecuencia del contenido de las mismas.

Sección de apelación

Encargada de decidir las impugnaciones de las sentencias proferidas por las secciones de primera instancia, cuando el sancionado así lo solicite; resolverá acerca del recurso que interponga la víctima en caso de que se evidencie vulneración a los derechos fundamentales en las sentencias proferidas por las otras secciones y tienen un término de 10 días para resolverlo.

Cabe resaltar un tema importante respecto al desarrollo de la acción de tutela en contra de las sentencias que profiera la JEP. Ésta acción constitucional, “procederá por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa de la parte resolutive y se hubieran agotado todos los recursos en la JEP” (Ibídem, p.160). La acción de tutela será recibida por el Tribunal para la Paz y se resolverá de la siguiente manera: en primera instancia será estudiada por la Sección de Revisión y en

segunda instancia por la Sección de Apelación, por último, puede ser revisada por la Corte Constitucional⁵.

Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas, Sala de Amnistía o Indulto y Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, integradas con un total de 18 magistrados, en el mismo sentido, por un Tribunal para la Paz que lo integran 20 magistrados y se subdivide en las siguientes secciones:

- ✓ Sección de Primera Instancia para los Casos de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidades,
- ✓ Sección de Primera Instancia para los Casos de Ausencia de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad,
- ✓ Sección de Revisión de Sentencias y Sección de Apelación.
- ✓ Eventualmente, podrá estar integrado por una quinta sección llamada de Estabilidad y Eficacia de las Resoluciones y Sentencias de la JEP.

3 ORIGEN DEL CCV DESDE LA PERSPECTIVA DEL SIDH

Ahora bien, antes de abordar el concepto de Justicia Constitucional, es pertinente exponer el concepto de Control de Convencionalidad, específicamente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual Colombia hace parte, reconociendo que el CCV tiene un origen francés, demostraremos a continuación cómo

⁵ La decisión sobre la selección del fallo a revisar en tutela será adoptada por una sala conformada por dos magistrados de la Corte Constitucional escogidos por sorteo y dos magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz. El fallo será seleccionado si los cuatro magistrados votan en favor de la selección. Las sentencias de revisión serán proferidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional. Si esta encuentra que el derecho invocado ha sido vulnerado, así lo declarará precisando en que consiste la violación, sin anular, invalidar o dejar sin efectos la decisión del órgano de la Jurisdicción Especial para la Paz ni tampoco excluirse los hechos y conductas analizados en la acción de tutela de la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz. La sentencia será remitida al Tribunal para la Paz para que adopte la decisión que corresponda respetando el derecho amparado. La providencia, resolución o acto del órgano de la JEP expedido en cumplimiento de la sentencia de la Corte Constitucional no podrá ser objeto de una nueva acción de tutela. (Gobierno Colombiano y FARC EP, 2016, p.160)

a nivel interamericano, en el SIDH, se acoge ésta figura y se le da un desarrollo conceptual.

La protección de los DDHH a nivel internacional tiene dos niveles, un sistema universal en cabeza de la Organización de Naciones Unidas (ONU), y un sistema regional en tres territorios determinados, América, Europa y África, establecidos para adoptar mecanismos de protección directamente relacionados con las condiciones de cada continente en materia de DDHH (Heyns, Padilla, Zwaak, 2005, p. 166), con sus respectivas instituciones de amparo. El Sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (Pacto de Roma), crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tiene su sede en Estrasburgo, Francia; el Sistema Africano, mediante la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul, crea la Comisión Africana de Derechos Humanos crea el Tribunal Africano de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, que fueron fusionados en 2004 según Cubides & Vivas (2013, p. 186).

Por último, el SIDH considerado como el más antiguo del mundo por tener origen en la Primera Conferencia Internacional Americana de 1889 a 1890 dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (Martínez, Cubides, Reyes, 2016, p.101), es definido como un “conjunto de órganos, instrumentos, jurisprudencia y en general todo tipo de normatividad latinoamericana encaminada a la protección de los DDHH, de cada habitante del Estado que suscribe la CADH” (Cubides & Barreto, 2017, p. 662), con un órgano jurisdiccional y vinculante conocido como la Corte IDH, con sede en San José de Costa Rica y con un órgano cuasi-jurisdiccional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH)⁶ con sede en Washington D.C., con el fin de garantizar el cumplimiento de la CADH (Cubides, Grandas & González, 2016, p. 54).

En el año 2003, el juez de la Corte IDH Sergio García Ramírez mediante voto concurrente en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, define taxativamente el concepto de CCV⁷,

⁶ Agregan que son organismos que realizan CCV concentrado en sede internacional, la Corte IDH se identifica por proferir sentencias de naturaleza reparativa, mientras que la CIDH, emite medidas de naturaleza preventiva para cada uno de los Estados parte. (Cubides, Chacón & Martínez, 2015, p. 78)

⁷ No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el

expresando que tiene la responsabilidad máxima de la jurisdicción de la Corte IDH sobre el régimen convencional al que los Estados deben acatarse (Benavente, 2012, p. 229). En el 2004 en el Caso Tibi vs. Ecuador, también por voto concurrente, el juez Sergio García Ramírez afirma que la tarea de los tribunales transnacionales se asemeja a la de los tribunales constitucionales⁸, es decir, lo que se conoce como control de constitucionalidad, de la confrontación de disposiciones normativas con la Constitución Política, se asimila con el CCV, pero en la confrontación con normas convencionales. En el 2005, en el Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala, aunque no se expresa taxativamente el término “CCV”, la Corte IDH hace una confrontación entre el Pacto de San José y el Código Penal de Guatemala⁹, en la que ordenó al Estado de Guatemala modificar su normativa penal.

A pesar del estudio del tema desarrollado en las anteriores jurisprudencias, es la sentencia Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006)¹⁰, la que se considera hito en materia de CCV, porque aporta

juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “**control de convencionalidad**” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional (la negrilla es nuestra). (Corte IDH, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Mack Chang vs. Guatemala, 2003, párr. 27).

⁸ “La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. (Corte IDH, Voto concurrente razonado juez Sergio García Ramírez, Caso Tibi vs. Ecuador, 2004, párr. 3).

⁹ La Corte IDH considera que el Código Penal infringía los postulados de dicho Pacto, por lo que ordena que el Estado de Guatemala debía modificar la norma punitiva que permite la pena de muerte en determinadas circunstancias, y que mientras no cumpliera con tal mandato jurisdiccional “El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro” (García, 2014, p. 32).

¹⁰ La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, **sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde su inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y a la Convención Americana sobre**

tres situaciones importantes, a saber, brinda una mejor explicación del CCV, lo distingue del CCV y origina todo el concepto de CCVD al considerar que los jueces nacionales también están en el deber de realizar un CCV. La consolidación del término, finalmente se realizó en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 2006, cuando el juez Cançado Trindade mediante voto disidente, propuso el análisis del control de constitucionalidad y el CCV y sostuvo que el artículo 2 de la CADH impone una obligación de armonización entre derecho interno y derecho externo, lo que abre el camino para una constitucionalización de una convención supranacional (García, 2014, p. 34).

3.1 NOCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Inicialmente surge como un mecanismo para coadyuvar a que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales (Castro, Cubides & Martínez, 2016). Según Manuel Fernando Quinche (2014) el CCV, es una institución creada en el SIDH que tiene como objetivo propugnar la defensa de los principios democráticos y los derechos consagrados en la CADH; también es definido como una técnica hermenéutica que son armonizadas con valores, principios y normas contenidas en tratados internacionales (Sierra, Cubides & Carrasco, 2016, p. 59).

El CVV es materializado en dos modalidades, un Control de Convencionalidad concentrado y Control de Convencionalidad Difuso.

3.1.1 Control de Convencionalidad Concentrado

Es un control ejercido principalmente por los órganos jurisdiccionales del SIDH, en primer lugar, el análisis sobre el caso concreto debe ser realizado por la CIDH y hacer tránsito a la Corte IDH, verificando cuáles derechos son vulnerados y cuáles son los actos que los violentan (Quinche, 2014), en el entendido del artículo 63.1 de la CADH, y debe garantizar al lesionado la protección de derechos humanos y asimismo su reparación con una justa indemnización (Cubides, Sánchez & Martínez, 2016, p. 151).

Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención (la negrilla es nuestra) (Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. 2006, párr. 124).

Una definición traída por Sergio García expresa que el CCVD es

la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales, como infra veremos— para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente el derecho interamericano de esa materia) (2011, p. 126)

También cabe aclarar que el CCVC tiene efectos *erga omnes*, en razón a que la Corte IDH modifica el ordenamiento jurídico interno, es decir, las normas internas que rigen a todos los habitantes de cada Estado parte.

3.1.2 Control de Convencionalidad Difuso

Por otro lado, la segunda modalidad de CCV es el CCVD, el cual busca que cada órgano jurisdiccional que profiera decisiones, realice un análisis de compatibilidad entre una ley interna y las decisiones que hayan sido proferidas por la Corte IDH (Cubides, Sánchez & Pérez, 2013, p. 47). No obstante, el examen de compatibilidad en lo que concierne a la norma convencional, debe incluirse todo el Corpus Iuris que mencionamos anteriormente, es decir, incluir protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH (Cubides, Reyes & Castro (2016, p. 113). De acuerdo a lo anterior, los jueces nacionales y las autoridades de los Estados parte, deben fungir como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos (Corte IDH. Caso de Cabrera y Montiel, 2010).

4 OBLIGATORIEDAD DE APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MODALIDAD CONCENTRADA

Hay que reconocer que la aplicación del CCV en su generalidad, también es una obligación por parte de todas las autoridades públicas del Estado. Para sustentar lo anterior, Castro, Cubides & Martínez (2016) proponen una serie de criterios basados

en jurisprudencias emitidas por la Corte IDH, como se demuestra a continuación.

El Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006) categoriza el criterio judicial convencional¹¹, al contemplar que los jueces nacionales de los Estados son los que realizan el CCV difuso. El Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006) expone el criterio judicial orgánico¹², son los órganos del poder judicial los encargados del CCV difuso. El Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010) es el autor del criterio jurisdiccional convencional, afirma que todos los órganos vinculados que ejerzan funciones jurisdiccionales y estén relacionados con la administración de justicia¹³, en todos sus niveles hacen valer el CCV difuso; esta categoría resulta ser la diferencia con la taxonomía indicada por los doctrinantes en el esquema, ya que contempla organismos que por su naturaleza no son jurisdiccionales pero hacen las veces de administradores de justicia, verbigracia, algunas Superintendencias. La última categoría se denomina criterio autoritativo convencional, en

¹¹ Castro, Cubides & Martínez (2016, p. 43) indican que el siguiente voto razonado es el que menciona a los jueces convencionales que resultan ser los jueces internos del Estado. Léase en: Corte IDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006, donde se expresa: "Con apoyo en estas consideraciones, la Corte ha expresado la preocupación que le suscitan ciertas evidentes fracturas de la proporcionalidad que se debiera observar cuando existe una restricción o afectación de un derecho o se emite una decisión que sanciona la violación cometida al amparo de cierta ley y en el desempeño de determinada jurisdicción. El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquellos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte"

¹² En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte IDH, Sentencia Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 2006).

¹³ Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte IDH, Sentencia Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010).

el Caso Gelman vs. Uruguay (2011), es tarea de toda autoridad pública para prevenir vulneraciones a los derechos humanos¹⁴.

Asimismo, los autores argumentan que las anteriores categorías pueden determinar en una escala para explicar el grado de asimilación de los Estados con el ejercicio del CCV esto es si se encuentran en el primer criterio sería un nivel “leve”, si están en el segundo sería un cumplimiento “intermedio”, si se ubican dentro del tercer momento sería “amplio”, y si están dentro del último momento sería “total”. Estos criterios, por tanto, servirán para identificar el grado de cumplimiento o de acatamiento de los Estados al CCV (Castro, Cubides & Martínez, 2016, p. 48).

Con lo anterior se asegura la premisa de que todos los órganos internos de los Estados parte del SIDH realizan CCV en su modalidad difusa, independientemente de que sean o no jurisdiccionales.

En conclusión, se afirma que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH” (Maldonado, 2017, p.73).

Cubides, Reyes & Castro (2016, p. 114) explican que las diferentes normas internas, leyes, reglamentos y reformas constitucionales, como actos y conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas (Ayala, 2015), expedidas por las autoridades públicas pueden hacer valer el CCV mediante regulaciones administrativas, establecer responsabilidades civiles o penales y asegurar las garantías judiciales), garantizando el ejercicio eficaz de sus derechos.

5 JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En un sentido amplio, el concepto de justicia se refiere a realizar actos enmarcados dentro de un régimen legal respetando las disposiciones normativas, en este caso, el objetivo de la justicia constitucional es el de proteger la Constitución.

¹⁴ Debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (Corte IDH, Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay, 2011).

5.1 ORIGEN

El origen de la justicia constitucional radica en la época comprendida entre los siglos VIII y XIX, posterior a la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa (Quiroga, 1987), en donde se dice que surgieron diversos problemas de constitucionalización en el proceso que se llevaba a cabo en Inglaterra. No obstante, el gran impulsor de la justicia constitucional es Hans Kelsen ante la situación a la que se tuvo que enfrentar en razón a la crisis de idea de Constitución “como un mecanismo más para afianzar y garantizar los principios y valores constitucionales y muy significativamente los derechos fundamentales y los derechos de las minorías frente a las mayorías parlamentarias” (Pérez, 2003, p.15) de igual manera, este origen va ligado con el Estado de Derecho que tuvo como protagonistas a los estados de Alemania y Francia, consecuencia directa del reconocimiento de derechos y libertades, como es el caso de la Declaración del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la cual se vislumbraron los primeros derechos que hoy conocemos como fundamentales.

5.2 CONCEPTO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Ahora bien, la justicia constitucional puede entenderse como un conjunto de técnicas que garantizan e interpretan la Constitución mediante mecanismos jurisdiccionales (Ibídem). Es así como supone la existencia de una jurisdicción o tribunal “encargado de hacer efectivo el efecto útil de la Constitución a través de requisitos mínimos del proceso legal” (Loianno, 2014, p. 24) en verdad lo que buscan principalmente los tribunales es procurar por la implementación de los derechos reconocidos y tutelados como fundamentales, en palabras de Rolla “asegura la protección del derecho concreto del demandante; pero, al mismo tiempo, al suministrar una determinada interpretación, introduce una regla general que puede actuar como precedente, esto es, orienta los comportamientos futuros tanto del mismo juez constitucional como de los jueces ordinarios y el legislador” (Rolla, 2004, p.21).

En el mundo moderno, la justicia constitucional se ha implementado en varios estados, con la creación de tribunales constitucionales o la asignación de funciones jurisdiccionales constitucionales a tribunales ya existentes.

De la misma manera como se clasifica el control de convencionalidad, la justicia constitucional se distingue entre un modelo difuso y un modelo concentrado, el primero de ellos es de origen del common law por ende, es jurisprudencial, le impone al Juez una obligación de efectuar un control exhaustivo de carácter constitucional sobre la ley aplicable al caso (Velandia, s.f.), y por otro lado, el modelo concentrado hace referencia al derecho continental, y es específicamente el que impone la creación de un Tribunal Constitucional especializado en el control de constitucionalidad de la ley y que el Estado reconozca la competencia que tiene sobre esta actividad. Es el caso que vivió Colombia, pues en el año 1910 le otorgan a la Corte Suprema de Justicia la competencia de conocer acerca de asuntos constitucionales que tenían que ver meramente con protección a derechos, posteriormente, con la Asamblea Constituyente de 1991 se crea la Corte Constitucional, tribunal constitucional especializado en Colombia, asignándosele competencias específicas relacionadas con temas de tan gran importancia, como la protección de derechos fundamentales a través de mecanismos judiciales que puede incoar cualquier individuo cuando considere una vulneración a las garantías proscritas en la Constitución, como lo es la acción de tutela, asimismo, como la función asignada en el artículo 241 de la Carta Política, que consiste en la integridad y supremacía del mismo instrumento.

Los orígenes del principio de supremacía de la constitución, del que derivarían como una necesidad consecuente los sistemas de control de constitucionalidad¹⁵, se encuentran, por una parte, en las tesis de Edward Coke acerca de la supremacía del *commow law* sobre el *statutory law*, a propósito de las luchas entre el parlamento y el rey Jacobo I en 1610. Según estás, los propios legisladores tienen en el derecho común los límites para el ejercicio de su función. Por otra parte, la teoría Lockiana sobre la limitación del poder está dada por los derechos naturales del hombre (Begné Guerra, 2003)

En el ejercicio de su papel como garantes de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales, los Tribunales constitucionales pueden y deben actuar de manera que no lleguen a cuestionar la dinámica de la integración. Ello es posible (...), si se admiten todas las consecuencias que comporta la apertura de la

¹⁵ En este aparte se hace referencia al origen del control de constitucionalidad inglés-europeo, puesto que en la concepción del origen del control de constitucionalidad americana en específico para el caso estadounidense es diferente.

Constitución (Díez, 2013). Lo que busca el CCV es que se adopte un concepto de mayor amplitud, que es precisamente el de los derechos humanos, y además dejar claro que éstos están previstos y tutelados no solamente en la propia Constitución sino, además, en los tratados internacionales, lo cual todavía al día de hoy, causa problemas en los tribunales para determinar su tutela efectiva (Fernández-Fernández & Samaniego, 2011). Establecido por tanto, el origen de esta nueva figura aplicada por el SIDH desde la Corte IDH se hace necesario indicar cuáles son sus implicaciones dentro de los Estados que reconocen la jurisdicción del Tribunal Regional.

6 FUNDAMENTOS LEGALES INTERNACIONALES Y NACIONALES DE LA JEP

En el desarrollo del Acuerdo de Paz del año 2016, se encuentran varios fundamentos normativos a los cuales podemos referirnos como constitucionales, estos son, nacionales e internacionales y dan un abrebocas a la necesidad de implementación de un acuerdo que permita la protección de los derechos humanos vulnerados a las víctimas del conflicto armado en un largo periodo de tiempo. El primer fundamento internacional que podemos evidenciar dentro del Acuerdo Final de Paz, es el del Caso Masacre de El Mozote y lugares Aledaños vs El Salvador, sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cita lo siguiente:

“Los Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance. La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de El Mozote y lugares Aledaños vs El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012).

Es entonces como se torna una necesidad innegable por parte de los Estados, no solo el respeto y protección de las víctimas y su reparación, sino también es una obligación el asegurar la paz, tal y

como lo dispone el mismo Acuerdo Final de Paz “en ejercicio de dicha autonomía el Estado puede apreciar y evaluar la complejidad, duración y gravedad del conflicto armado interno con el fin de diseñar y adoptar los mecanismos de justicia para lograr la paz dentro del respeto a los parámetros establecidos en el derecho internacional, en especial la garantía de los derechos humanos” (Gobierno Colombiano & FARC EP, 2016, p. 144). Asimismo, el asegurar la paz está prescrito en el Preámbulo de la Constitución Política de Colombia precisamente: “con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y **la paz**, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo”. No basta con solo enunciarla en el Preámbulo de la Constitución Política, sino que también la paz está contemplada dentro de la parte dogmática de la Carta Política, es decir, donde se encuentran los derechos fundamentales precisamente en el artículo 22: “La paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento”, gozando de una especial protección, como lo es el caso de la acción de tutela.

De igual manera, el entender el origen de un mecanismo como el de la JEP en Colombia tiene un desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional, tribunal especializado en la protección de la Constitución, y también un apoyo doctrinal por parte de varios autores. Para Ambos, Malarino y Elsner, es indispensable el concepto de justicia transicional que pretende hacer efectivo el derecho de la paz en ciertos Estados donde su historia ha estado marcada por el conflicto, enjuiciando y reparando las graves violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario, por lo que resulta sumamente necesario el implementar mecanismos judiciales o extrajudiciales de resolución de conflictos (Ambos, Malarino & Elsner, 2009).

En sentencia C-771 de 2011 de la Corte Constitucional admite la existencia de mecanismos de justicia transicional que aseguren la protección de los derechos de las víctimas y la realización de normas, valores, principios de la Carta Política como también los preceptos de los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, la paz resulta ser, no solo un valor constitucional, “(i) uno de los propósitos fundamentales del Derecho Internacional, (ii) un fin fundamental del Estado colombiano, (iii) un derecho colectivo dentro de la tercera generación de derechos, (iv) un derecho subjetivo y (v) un deber jurídico de cada uno de los

ciudadanos”. Agudelo & León (2016), expresan que en el ordenamiento interno, la paz¹⁶ se reconoce como un derecho humano por necesidad, en el que las víctimas del conflicto deben tener un papel fundamental en los procesos encaminados a la realización, siendo factores determinantes para su realización¹⁷. Por tal motivo, resultaría incluido en un marco constitucional, la creación de cualquier institución de justicia transicional que asegure el valor constitucional de la paz.

Resulta ser plenamente constitucional la adopción de dichas medidas en cuanto a que hacen efectivo el Estado Social de Derecho, modelo de Estado Colombiano que ha sido adoptado a partir de la Constitución Política de 1991, trayendo consigo características innovadoras como el principio de la dignidad humana, el respeto por los derechos fundamentales, la acción de tutela, mecanismos de participación, la creación de la Corte Constitucional, entre otros. Al momento de determinar si hay una efectiva garantía de los derechos humanos y, en especial, que puedan ser disfrutados plenamente por sus titulares surgen cuestionamientos sobre tal efectividad en los Estados (Martínez & Cubides, 2015). Para esto, el Estado tiene tres obligaciones para procurar la protección de los mismos, mencionadas en sentencia C-579 de 2013:

- (i) Abstenerse de adoptar medidas que tengan por resultado impedir o dificultar su goce efectivo, no puede tomar medidas discriminatorias, que condicionen el acceso o el ejercicio de los derechos, basadas en criterios tales como el género, la nacionalidad y la casta.
- (ii) Adoptar medidas para impedir que terceros interfieran u obstaculicen el ejercicio de un derecho por parte de su titular.
- (iii) La obligación de garantía implica el deber del Estado de organizar todo el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos. A partir de la obligación de garantía se derivan a su vez cinco obligaciones: (i) prevenir su vulneración (no repetición); (ii) crear mecanismos idóneos y

¹⁶ Tiene dos definiciones conceptuales, por un lado, es un derecho inherente a los hombres que es garantizable por el Estado, por otro lado, se entiende como una de las directrices programáticas propias del Estado, para garantizar estabilidad, bienestar y toda clase de derechos así como deberes de acción para con los individuos que gobierna.

¹⁷ Martínez, Alfonso & Cubides, Jaime. “Una visión propositiva para la expansión del derecho procesal convencional de los Derechos Humanos”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá D.C.* Consultado el 10 de mayo de 2018 en: <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/381/pdf>

eficaces para la protección de los derechos en casos de amenaza o vulneración (tutela efectiva); (iii) reparar las violaciones y esclarecer los hechos (reparación y verdad); e (iv) investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los DDHH, y al DIH (justicia), entre otras.

Parafraseando a Cubides & Vivas (2013), afirman que es una obligación que impone la comunidad internacional, el diseñar su propia política interna de protección a los derechos humanos por la existencia de un conflicto armado, facultando al Estado de tomar medidas de cualquier índole que tenga como finalidad la garantía de los derechos de aquellas personas víctimas de la desprotección de derechos por cualquier circunstancia, en este caso, las víctimas producto del conflicto armado. La protección de los derechos de la persona requiere de “instituciones diseñadas específicamente para ello” (Ibídem, p. 113), y la JEP es una de esas instituciones.

En lo que respecta a la implementación del Acuerdo Final de Paz al ordenamiento jurídico colombiano, es decir, a nuestra Constitución Política. El Congreso de la República mediante Acto Legislativo 01 de 2016, flexibiliza el procedimiento sobre toda la normatividad propia del Acuerdo y le brinda facultades al Presidente de la República para que lo expidiera. Teniendo en cuenta que el acto legislativo es un mecanismo para reformar la Constitución y está en cabeza del Congreso de la República, en este caso, el Acto Legislativo 01 de 2016 tiene el carácter de excepcional y transitorio en el que se pondrá en marcha el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz, por un tiempo definido de seis meses que pueden ser prorrogados por otros seis meses. Básicamente, lo que se busca es agilizar y facilitar la consolidación del Acuerdo Final de Paz, en cuanto a que todas las leyes o actos legislativos que se tramiten en razón a este, tendrán prelación en el debate del Congreso de la República.

Durante este tiempo, se ha evidenciado la polémica que ha existido para determinar si el Presidente de la República estaba legitimado o no, para expedir el Acuerdo Final de Paz y si era constitucional la implementación del Acuerdo Final de Paz a la Constitución Política de Colombia, mediante acto legislativo.

Para responder al primer interrogante, debemos remitirnos a la normatividad del Acto Legislativo 01 de 2016, exactamente a su Artículo 2.

Artículo 2. Artículo Transitorio. Facultades presidenciales para la Paz. Dentro de los 180 días siguientes a la entrada en vigencia del presente acto legislativo, facúltese al Presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera.

Es evidente que, por mandato legislativo, se faculta al Presidente de la República el adoptar estas decisiones pero de manera transitoria, por eso se fija un término de 180 días desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo, lo que comprueba que es plenamente legítimo el conferir estas funciones por parte del órgano legislativo como lo es el Congreso de la República.

Para dar respuesta al segundo problema planteado, se debe traer a colación la sentencia C-699 de 2016, en la que se demanda la inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2016. Sin embargo, la Corte Constitucional expone razonablemente su tesis, del porqué sí se podría realizar la implementación del Acuerdo Final de Paz mediante Acto Legislativo, sustentando que fue sometido a refrendación popular con los siguientes requisitos;

Un (i) proceso, (ii) en el cual haya participación ciudadana directa, (iii) cuyos resultados deben ser respetados, interpretados y desarrollados de buena fe, en un escenario de búsqueda de mayores consensos, (iv) proceso que puede concluir en virtud de una expresión libre y deliberativa de una autoridad revestida de legitimidad democrática, (v) sin perjuicio de eventuales espacios posibles de participación ciudadana para la revisión específica de aspectos concretos ulteriores (Corte Constitucional, C-669, 2016).

Además, este tendría completa validez sí se sometía al procedimiento de tres etapas, de acuerdo a la sentencia C-699 de 2016: una refrendación popular, una etapa parlamentaria y una instancia de control constitucional automático. La justificación precedente afirma la legitimidad y constitucionalidad del Acuerdo Final de Paz, debido a que existió una participación ciudadana, cumpliendo con los requisitos asignados, que asegurará el Estado Social y Democrático de Derecho.

CONCLUSIONES

En Colombia se verifica la existencia de una justicia constitucional, en primer lugar, la que ejerce el órgano jurisdiccional supremo en la materia como lo es la Corte Constitucional, pues dentro de las mismas funciones que le ha concedido la Constitución, está inmersa la de respetar y asegurar su supremacía, por lo tanto, este Tribunal al momento de realizar un análisis exhaustivo del caso en concreto, como lo es el resolver una sentencia de inconstitucionalidad o una acción de tutela, procurará el velar siempre por el respeto de normas constitucionales y convencionales que garanticen la protección de los derechos humanos de los nacionales y extranjeros del país.

En el mismo sentido, y resolviendo el problema jurídico planteado, la justicia constitucional se está haciendo efectiva en la actualidad, precisamente en relación al mecanismo judicial derivado del Acuerdo Final de Paz suscrito entre el Gobierno de Colombia y las FARC EP, como lo es la Jurisdicción Especial para la Paz y en consecuencia el Tribunal para la Paz, teniendo como función principal las de asegurar la protección de las víctimas del conflicto armado y procurar por hacer efectiva la verdad, la reparación y la no repetición, encaminado directamente a asegurar no solo un valor de la Constitución, sino también un principio y un derecho fundamental como lo es la Paz.

El Acuerdo Final de Paz, puede entenderse como un pacto nacional suscrito entre el Gobierno Colombiano y las FARC EP protagonistas en los últimos cincuenta años de violencia en el país, en donde se negociaron y acordaron fórmulas fundamentales para la transición de una guerra a una paz estable y duradera, entre ellas, a destacar la del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), con un mecanismo de justicia bastante importante para el cumplimiento de obligaciones internacionales y nacionales en relación a la protección de derechos humanos que a lo largo de todo este tiempo fueron vulnerados, entre ellos, el de la vida, la libertad, la paz, la integridad física y moral. Por lo tanto, es de resaltar los alcances de este Acuerdo Final de Paz, pues logró con un mecanismo que hasta la fecha cuenta con cuatro meses de funcionamiento, pero que se encuentra fundamentado en el respeto de la Constitución Política de Colombia, por ende, en la implementación de una verdadera justicia constitucional.

REFERENCIAS

Agudelo, Oscar. & León, Jorge. (2016). Examen en clave neoconstitucionalista a la categoría normativa de la paz. Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia. Bogotá. Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público.

Ambos, Kai. Malarino, Ezequiel & Elsner, G. (2009). Justicia de transición: Informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Berlín. Konrad – Adenauer – Stiftung.

Cáceres, Enrique. (2013). “Justicia Transicional y Derecho a la Reparación Integral. Aproximación al caso colombiano”. Revista Novum Jus. No. 2. Bogotá. pp. 55-87.

Cárdenas, John. (2017). “Educación para la Paz. De la Constitución de 1991 a la Cátedra de Paz”. Revisa Novum Jus. No. 11. Bogotá. pp. 103-127.

Castro, C. Cubides, J. & Martínez, A. (2016). La génesis del control de convencionalidad: El ejercicio del control de convencionalidad difuso (CCVD) por parte del Consejo de Estado Colombiano 2006-2014. El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá. Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público. pp 15-49.

Cubides, Jaime. & Vivas, Tania. (2012). “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana”. Entramado. No. 8. Cali. pp. 184-204.

Cubides, Jaime. Chacón, Natalia. & Alfonso J. Martínez. (2015). “El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica”. Revista Académica y Derecho. No. 11, Colombia. Universidad Libre Seccional Cúcuta. pp. 53-94.

Cubides, Jaime. Grandas, Angélica. & González, J. Marcelino. (2016). Constitucionalismo Multinivel (CM): el nuevo paradigma en la protección de los derechos fundamentales. Perspectivas del Constitucionalismo. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público. pp. 45-60.

Cubides, Jaime. Reyes, Daiana & Castro, Carlos. (2016). El control de convencionalidad (CCV) y sus relaciones con la fuerza pública en Colombia. Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana. Bogotá. Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público. pp. 107-123.

Cubides, Jaime. Sánchez, Mayra. N. & Martínez, Alfonso J. (2016). La implementación de parámetros convencionales en la justicia constitucional colombiana. El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá. Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público. pp. 147-165.

Cubides, J. & Barreto, P. A. (2017). Positivización del ordenamiento convencional interamericano en Colombia. Derecho Procesal Constitucional. Codificación

Procesal Constitucional. Bogotá. Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Director Científico), VC Editores Ltda. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Ediciones Nueva Jurídica. pp 661-680.

Cubides, Jaime & Grandas, Angélica. (2017). La Jurisdicción Especial para la Paz. Un Tribunal Ad Hoc en Colombia en Sociedad y Fuerza Pública ante los retos de la paz. Bogotá D. C. Grupo Editorial Ibañez. pp. 147-178.

Gobierno Colombiano y FARC-EP. Acuerdo Final de Paz. 2016. Colombia.

Loianno, Adelina. (2014). "El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad". Revista Jurídica. No. 24. Buenos Aires. pp. 157-183.

Loverdos, Jordi. (2018). "Memoria y Justicia Transicional en los Acuerdos de Paz de Colombia". Revista Novum Jus. No. 12. Bogotá. pp. 113-127.

Martínez, Alfonso & Cubides, Jaime. "Una visión propositiva para la expansión del derecho procesal convencional de los Derechos Humanos". Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá. No. 42. pp. 167-197.

Pérez, Pablo. (2003) "La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina". Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, Instituto de Derecho Público Comparado Universidad Carlos III Madrid. Madrid.

Quiroga, Anibal. (1987). La Justicia Constitucional. Ponencia sustentada en el Seminario Derechos Humanos y el Sistema Jurídico realizado en Arequipa. Perú.

Rolla, Giancarlo. (2004). "El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú. No. 21. pp. 63-83.

Velandia, Eduardo. (s.f.) "La Justicia Constitucional en Colombia". Derecho y Debate. Consultado el 20 de mayo de 2018, en: <http://derechoydebate.com/admin/uploads/55ed98a16573b-eduardo-velandia-canosa-la-justicia-constitucional.pdf>

Vivas, Tania. Pulido, Fabio. & Cubides, Jaime. (2013). "Perspectivas actuales para el estudio de los derechos humanos desde sus dimensiones". Revista Logos Ciencia & Tecnología. No. 1. Bogotá.

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-771 del 13 de octubre del 2011. Magistrado Ponente: Nilsón Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 del 28 de agosto de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 del 13 de diciembre de 2016. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa.

Jurisprudencia Internacional

Corte IDH. Caso Masacre de El Mozote y lugares Aledaños vs El Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012.

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C N°. 220.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero del 2011. Serie C N°. 221

Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto del 2008. Serie C N°. 186.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N°. 101

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 30 de noviembre del 2012. Serie C N°. 259.

Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Serie C N° 114.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C N°. 158.

Corte IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C N°. 155.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS: UM NOVO MECANISMO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

João Victor Mendes de Oliveira¹

Mário Augusto Quintero Celegatto²

Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb³

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa diagnosticar a relação existente entre o direito, a política e a competência dos tribunais constitucionais, sobretudo após as grandes guerras.

É sabido que após o nazi-fascismo, o direito se viu obrigado a buscar novas formas de proteção dos direitos humanos, visto que a jurisdição interna por si só não se mostrou suficiente. Para isto, houve a expansão da chamada “jurisdição internacional” com o surgimento de Cortes de defesa dos direitos humanos, bem como a criação de órgãos de proteção dos direitos humanos.

No plano interno, as legislações domésticas passaram a ser mais protetivas: paulatinamente, direitos de terceira dimensão foram introduzido nos ordenamentos, buscando uma ideia de fraternidade

¹ Mestrando no Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Ciência Jurídica. E-mail: joaovictormospfc@hotmail.com.

² Mestrando no Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) Ciência Jurídica

³ Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: marcosmerheb@hotmail.com.

entre os cidadãos. É a partir desta problemática, que o presente artigo visa trabalhar: a relação entre a ascensão do direito e da política e sua relação com o chamado controle de convencionalidade.

O referido controle, por sua vez, busca a compatibilização entre as normas internas e os tratados internacionais. Outrossim, o referido vem sendo estudado e utilizado em várias Cortes Constitucionais como a do Paraguai, Peru, Colômbia e também no Sistema Interamericano, sobretudo, Corte e Comissão, respectivamente.

Destarte, na ultima parte do presente trabalho, debateremos o referido controle como um mecanismo de salvaguarda dos direitos humanos, no plano interno e sua importância, sobretudo, para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE DIREITO E POLÍTICA E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A história dos tribunais constitucionais está ligada a forma que o direito tomou após as guerras mundiais, sendo este momento caracterizado por fatores pontuais e importantes para a ciência jurídica, tais como, questionamentos acerca da superação do positivismo jurídico e ascensão da teoria dos princípios; a aproximação, bem como, separação entre o direito e a política e uma conseqüente ascensão do Poder Judiciário, sobretudo, em relação aos Tribunais Constitucionais como forma de proteção dos direitos fundamentais.

No plano internacional não foi diferente, o surgimento de organismos internacionais como ONU, OEA; ou ainda, o surgimento de tribunais internacionais como Corte Internacional de Justiça, Tribunal Penal Internacional ou Corte Interamericana foram providenciais para buscar efetividade e proteção aos direitos humanos. A partir desta necessidade, surgiu o que chamamos de controle de convencionalidade.

Sendo assim, neste capítulo, a perspectiva interna será nosso objeto de análise. Por decorrência natural, há uma separação providencial entre direito e política, visto que no primeiro, há a supremacia da lei e dos direitos fundamentais; já no segundo, há a supremacia da vontade de maioria, sendo considerado o “campo das

paixões”, enquanto no direito, há o domínio da razão frente ao clamor popular.

No entanto, em sua criação, o direito é produto dos atores políticos, como ensina Luís Roberto Barroso (2010,p.15):

No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das maiorias. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político.

Nesta perspectiva, os tribunais constitucionais – em sua essência- são Cortes jurídicas, devendo sempre que possível, prezarem pela supremacia da lei e pela proteção dos direitos fundamentais. Outra característica peculiar está no fato de que só é possível haver um tribunal constitucional diante de uma democracia consolidada, visto que dessa forma, o trabalho entre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo é harmônico.

Todavia, noutro viés, o grande desafio reservado aos estudiosos da Constituição está na busca da legitimidade do Poder Judiciário na tomada de decisões que são restritas àqueles que foram eleitos pela via democrática (Poder Legislativo) e, portanto, representam a maioria.

Diante da referida indagação, se faz necessário entender o motivo pelo qual o Judiciário torna-se, por vezes, palco de discussões políticas, sobretudo, quando estas se referem a direitos fundamentais, a este fenômeno dá-se o nome de judicialização. Nesta direção, Luís Roberto Barroso (2010,p.9) aponta três grandes causas da judicialização:

(...) a primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. (...)A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais existia desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio

desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.

Neste raciocínio, Oscar Vilhena também trabalha o contraponto entre vontade da maioria e o papel dos Tribunais Constitucionais (2004,p.29)

Aos tribunais em geral, ou a uma corte constitucional com exclusividade, é atribuído fiscalizar a submissão das decisões governamentais e parlamentares, fruto de vontade simplesmente majoritárias, às decisões de caráter efetivamente constitucional. Caso seja constatada uma contradição entre essas ordens de decisão, é autorizado ao órgão próprio bloquear a decisão da maioria. Nesse modelo de democracia constitucional, a função básica da corte ou do tribunal é conservar a vontade popular, manifestada em momentos constitucionais, frente àquelas decisões tomadas pelos órgãos constituídos ordinários, ainda que com respaldo em uma maioria. Neste grupo estão incluídos aqueles sistemas políticos que adotam uma Constituição rígida. Os Estados Unidos são o grande representante desse grupo. Sua Suprema Corte é o símbolo desse órgão a quem é atribuído o poder de julgar quais decisões que, constituindo uma vontade meramente governamental, não podem se contrapor às decisões efetivamente constitucionais.

Nesta direção, é importante destacarmos que o fenômeno da judicialização muitas vezes é interessante e conveniente para os representantes escolhidos pelo voto popular. Noutras palavras, questões que dividem opiniões, embates jurídicos que podem dividir a nação e, portanto, influenciarem na votação, muitas vezes são deixados de lado pelo legislador e são levados, inevitavelmente, para serem discutidos no Poder Judiciário. Um exemplo clássico desta “opção política” é a ADPF 132, que reconheceu os efeitos da união homoafetiva ou ainda, a ADPF 54, que reconheceu a possibilidade do aborto de feto anencefálico.

Por decorrência deste fato e por observância dos princípios constitucionais, é possível construir a ideia de que a interferência do Judiciário na vontade da maioria se dá quando houver ferimento à direitos fundamentais, principalmente quando uma maioria quer impor vontades, reprimir direito de minorias; ou ainda, quando esta interferência for necessária para o desenvolvimento do jogo democrático.

Ocorre que o sistema jurídico brasileiro deu ao Supremo Tribunal Federal não só o papel de Corte Constitucional, mas também a atribuição de ser juízo originário, bem como, a análise de recursos. Nesta direção, questiona Barroso (2010,p.10):

(...) a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto- e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional.

A cultura jurídica brasileira foi calcada em ideias que acabam por confundir competência com poder, assim, quanto mais competência mais poder se dá ao magistrado. Tal afirmação trata-se, contudo, de grande falácia que muitas vezes prejudica a própria jurisdição.

Destarte, ao analisarmos o papel do Supremo Tribunal Federal hoje, diagnosticamos que a Corte se encontra em colapso e, competências interessantes que poderiam ser dadas à Corte, esbarram na ausência de pessoas para exercerem a referida; como é o caso do desenvolvimento profundo do controle de convencionalidade. Neste sentido, nos valem da lição de Oscar Vilhena (p.220,221):

O primeiro sinal dessa crise pode ser detectada pelo incrível crescimento de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal(...). A grande maioria desses casos encontram-se dentro da competência recursal do Supremo Tribunal Federal. De 1991 para cá, os recursos extraordinários e agravos de instrumento têm constituído mais de 90 % dos processos recebidos pelo tribunal . No ano de 2001, 98,2% dos processos encontram-se nessa categoria. O que mais surpreende, no entanto, é que nesse mesmo ano de 2001, os agravos de instrumento constituem, sozinhos, 70% das causas apreciadas pelo Supremo, ou seja, em 70% dos processos o que se discute é se deve ou não o Tribunal analisar as questões a ele submetidas

Portanto, melhor seria se o Supremo Tribunal Federal tivesse competência restrita a de Corte Constitucional, retirando-se de suas atribuições aquelas relativa a recursos e a questões de juízo

originário. Tendo a única função de Corte Constitucional, por consequência o Supremo teria menor demanda processual, pois-conforme relata Oscar Vilhena- a competência recursal é a que mais prejudica a Corte no desenvolvimento de suas atribuições, o que fatalmente implica no tempo do processo.

Nesta feita, melhor que houvesse separação da via difusa e concentrada, sendo a Suprema Corte responsável apenas pela última, analisando não só o controle de constitucionalidade das normas, mas também exercendo o controle de convencionalidade das normas, acabando por dirimir quaisquer dúvidas acerca da dupla compatibilidade entre o ordenamento interno e externo.

No plano internacional, por meio dos tratados, também deve haver o respeito aos direitos humanos, bem como a defesa destes, visto que a supremacia dos tratados se dá pelo controle de convencionalidade. Noutras palavras, a jurisdição interna não se torna a única na defesa dos direitos e liberdades, havendo também a complementariedade de outro controle.

2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUAS FONTES

No preâmbulo do Pacto de San José da Costa Rica estão as principais fontes para compreensão do controle de convencionalidade, que por sua vez, trata-se de tipo de dupla compatibilidade vertical, no qual as normas internas de um Estado, que ainda devem estar de acordo com a Constituição, também precisam adequar-se aos tratados de direitos humanos (Mazzuoli, 2009,p.114), sobretudo no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). Inicialmente estão dispostos os princípios e fundamentos, dos quais deverão pautar a interpretação dos direitos humanos ou fundamentais previstos nos tratados e a necessidade de adaptação dos documentos interno.

Destarte, os direitos e garantias previstos nos tratados de direitos humanos devem ser analisados dentro da sua superioridade e assegurados para todos, sem qualquer distinção, visto que visam a defesa da dignidade da pessoa humana, já consagrada na jurisprudência assim como nas Opiniões Consultivas.

O artigo 1^o do Pacto de San José da Costa Rica (BRASIL, 1992) dispõe:

Os Estados- partes neste Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela relacionados e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Nesse sentido, os Estados-partes são obrigados a cumprir a Convenção independentemente do cumprimento pelos demais Estados, bem como, efetivar direitos, inclusive tornando nulas políticas e leis contrárias a direitos previstos nos tratados.

Outrossim, a principal base doutrinária do controle de convencionalidade repousa no artigo 2^o do referido Pacto (BRASIL, 1992):

Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionadas no artigo 1 ainda não estiverem garantidos por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos.

Diante da interpretação do referido dispositivo é patente que os direitos e garantias expressos no tratado regional devem servir de base e parâmetro para o processo legislativo interno dos Estados membros, sendo, portanto, necessárias adequações a fim de que as normas internas encontrem validade no Pacto de San José da Costa Rica.

Existe ainda importante referência prevista no dispositivo que regula a assinatura dos tratados em nível da Organização das Nações Unidas, da qual o Brasil também é signatário. Valério de Oliveira Mazzuoli (2010, p. 152) defende a primazia do direito internacional, com base em importantes tratados dos quais o Brasil é signatário:

(...) o exercício desses direitos não tem outros limites do exercício dos direitos de outros Estados, de acordo com Direito Constitucional (art. 3º), o que significa reconhecer o primado do direito internacional como limitar do exercício das competências do Estado.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, por sua vez, afirma que um Estado não pode se utilizar de uma norma interna para justificar o não cumprimento de tratado internacional, reforçando dessa forma os compromissos internacionais. Diante disso temos que há um controle de convencionalidade, bem como, necessidade de adequação das normas internas com as do tratado em questão, o artigo 46, da Convenção ora mencionada, reforça a afirmação anterior, visto que determina não ser permitido ao Estado contratante alegar a nulidade da adesão, caso esta tenha violado alguma norma do Direito Interno.

3 NASCIMENTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A ideia de controle de convencionalidade nasce na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, mas é aperfeiçoada na Corte Interamericana, como ressalta Nestor Pedro Sagúes (2011, p.348).

Outrossim, na década de 70, o Conselho Constitucional da França na decisão 74-54 DC criou importante e inovador precedente, mesmo se colocando como incompetente para apreciar preventivamente as leis diante dos tratados ratificados pela República francesa no âmbito da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ainda estava em curso o processo de unificação, com normas de Direito de Integração caminhado para o Direito Comunitário, que consolidaria o bloco. Surge, portanto, a tese de um controle das leis internas que teriam que se adequar aos tratados de direitos humanos.

Essa questão alcança também o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, na Corte IDH, mas com participação fundamental da Comissão, que dentro das suas alegações construiu importantes argumentos sobre a supremacia dos tratados na defesa dos direitos humanos. O órgão não judicial defendeu a supremacia das normas mais benéficas, ou seja, confirmou o princípio “pro-homini”, aceito constitucionalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro, consagrando assim, a prevalência dos direitos humanos.

Dessa forma, havendo conflito entre uma norma interna e outra internacional, prevalece a mais favorável ou mais benéfica, mesmo que segundo o Pacto exista certa supremacia dos seus dispositivos. As fontes, segundo Adelina Loianno (2010, Tomo III, p. 786), são o Estatuto e o Regulamento Interno da Corte Interamericana em conjunto com a Convenção Americana dos Direitos Humanos e ainda as regras emanadas da jurisprudência da Corte.

Os princípios são importantes para o entendimento da Comissão IDH e da Corte IDH, pois são vetores que alcançam os ordenamentos dos membros da OEA. Eduardo Andrés Velandia Canosa (2012, p. 88) resalta os artigos 52 a 69 que, considerados os princípios do Pacto de São José da Costa Rica, servem para que a Comissão realize espécie de juízo de admissibilidade, havendo a possibilidade de invalidação de norma interna caso haja incompatibilidade desta com o acordo.

Necessário mencionar que não se pode acessar a Corte IDH sem antes passar pela Comissão IDH. Sendo assim, as petições podem ser feitas por qualquer pessoa, ONGs ou Estado, no dizer de Ernesto Ray Cantor (2010, p. 33) trata-se de estimulação externa, uma etapa de solução pacífica não jurisdicional, feita pela Comissão IDH, que ao analisar a questão, pode recomendar a revogação de uma norma interna.

Outrossim, o princípio do esgotamento dos recursos internos nos julgamentos nacionais, previsto no art. 46 “a” da Convenção, é requisito de admissibilidade de uma petição ou comunicação a ser analisada pela Comissão. No entanto, segundo a leitura do referido artigo, o esgotamento não é absoluto, havendo a possibilidade de alcance da Comissão nos casos em que: “ a) não há devido processo legal; b) não se houver permitido o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido impedido de esgotá-los; c) houve demora injustificada na decisão sobre o caso”.

Trata-se, portanto, de justiça complementar, consagrando o princípio da complementariedade, do qual para alguns autores decorre o princípio do esgotamento dos recursos internos, mencionado acima.

Há ainda na Comissão o princípio da proibição de retrocesso, que afirma que um direito declarado e aceito como universal ou inerente ao homem não pode ser subtraído. Nesse sentido, o artigo.

4.4 é claro: “Não se pode restabelecer pena de morte nos Estados que a hajam abolido”, é o que o filósofo Norberto Bobbio, na obra “A era dos direitos” chama de progresso moral da humanidade.

Insta salientar que nenhum documento do Sociedade Internacional de Direitos Humanos (SIDH) violou a proibição de subtrair direitos, ao contrário, surgiram novos deles, bem como, outros foram aperfeiçoados em tratados específicos.

O Brasil faz parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos por meio de promulgação feita pelo decreto 678/ 92, reconhecendo a competência contenciosa da Corte em somente em 1998, através do Decreto Legislativo 89, estando sujeito aos deveres da Convenção Americana como explicam Valério de Oliveira Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (GOMES; MAZZUOLI, 2009. p.7).

Apesar de ainda falho e agravado pelo distanciamento dos Estados Unidos da América do Norte e de outros países, o sistema tem se fortalecido pelas decisões da Corte, inclusive invalidando normas internas.

Além da Carta da OEA, com seus Protocolos, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão Interamericana possui também estatuto e regulamento próprios, que são instrumentos básicos que disciplinam o funcionamento da instituição e o procedimento diante de uma denúncia de violação. Nesta feita os tratados de direitos humanos que podem ser usados como controle são: Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Pacto de San José da Costa Rica; Protocolo Adicional da Convenção Americana dos Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador); Protocolo Adicional da Convenção relativo à abolição da Pena de Morte; Convenção Interamericana para Prevenção da Tortura; Convenção Interamericana Sobre Sequestro e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ou Convenção de Belém do Pará.

4 ATRIBUIÇÕES DA COMISSÃO E CORTE INTERAMERICANA NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão não jurisdicional da Organização dos Estados Americanos que, dentre suas atribuições, traz “a promoção dos direitos humanos”,

possuindo sede na cidade de Washington, D.C, EUA. Nesta direção, lhe incumbe promover a observância e a defesa dos direitos humanos, na interpretação do parágrafo 23, que estabelece certas atribuições da Comissão IDH como está disposto na Opinião Consultiva OC-13/94 emitida pela Corte IDH. Essa entidade autônoma do Sistema faz um tipo de juízo de admissibilidade, para saber se a Corte tem um caso dentro da sua jurisdição, para os que assinaram o Pacto. Sua criação está no artigo 106 da Carta da OEA, motivo pelo qual está prevista e se submete aos regulamentos dos principais tratados: a Carta e Declaração da OEA e a Convenção.

No caso do controle de convencionalidade, a Comissão IDH pode exercer um controle não jurídico, que terá de contar com a anuência do Estado denunciado por violações, que deverá acatar as recomendações dadas após análise.

O entendimento da possibilidade desse controle é reforçado em ocorrido envolvendo o Chile, no qual a Corte IDH afirmou que todos os órgãos de supervisão da Convenção podem e devem nos casos concretos de violações dos direitos humanos determinarem uma compatibilidade ou não com a Convenção de qualquer ato e omissão por parte de qualquer poder, órgão ou agente do Estado, incluindo leis nacionais e sentenças de tribunais nacionais, como no caso “Almonacid Arellano vs. Chile”.

Por esse motivo nas duas sessões anuais, os comissionários podem exercer o controle e ainda convocar sessões extras ou realizar visitas “*in loco*” aos Estados, a fim de averiguar aspectos referentes a casos específicos em trâmite. Destarte no trabalho de elaborar relatórios sobre a situação geral dos direitos humanos nos países visitados, podem haver sugestões para fim de revogação de normas internas.

A Comissão é um órgão não jurisdicional de solução de conflitos, embora outros afirmem que seja quase-jurisdicional, como o caso de Ernesto Rey Cantor (2010, p.18). A ideia, contudo, é que ao elaborar uma Recomendação que pode determinar a revogação de uma norma interna com base nos dispositivos dos tratados, o referido órgão realiza um tipo de controle.

Nesse sentido, Hector Fix-Zamudio (2008, p. 203) menciona que a Comissão IDH faz “instrução e a investigação das violações dos direitos humanos, antes do julgamento na Corte”, reconhecendo que o Estado-membro pode acatar as recomendações antes do

juízo da Corte. Outrossim, se o Estado-membro aceitar as recomendações de invalidar as normas nacionais, tendo como parâmetro os compromissos internacionais assumidos na proteção dos direitos humanos, a Comissão acaba por exercer controle não judicial.

5 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE INTERNACIONAL

Entende-se por controle de convencionalidade internacional os feitos no âmbito do Sistema Interamericano, composto da Comissão e da Corte IDH. Ressalte-se que o controle feito pelo tribunal pode ser feito dentro das duas competências, consultiva e contenciosa.

A competência da Corte está prevista no artigo 62, com previsão expressa para aplicar o Pacto de São José da Costa Rica. Portanto, o tribunal das Américas pode conhecer qualquer demanda por violação de direitos humanos ou fatos e atos internacionalmente ilícitos e ainda interpretar as disposições incorporadas pelo Pacto.

O controle de convencionalidade surge como o mais importante instrumento efetivo de Justiça e que, como revela Eduardo Andrés Velandia Canosa (2014, p.87), trata-se de direito processual constitucional transnacional, onde estão juntos o direito constitucional processual e o direito processual constitucional. É a denominação da função da Corte, no exercício de sua competência, em virtude da qual se realiza uma confrontação entre a Convenção e uma disposição do direito interno.

O controle internacional equipara-se o concentrado jurídico, como chamado no Brasil, pois, é feito por meio da Corte Interamericana. Também é tratado na jurisprudência de forma explícita, embora a definição do alcance e abrangência do “controle de convencionalidade” tenha sido usada pelo juiz Sergio Garcia Ramires, que comparou o trabalho do tribunal do Pacto ao desempenhado pelas cortes constitucionais no seu voto juízo Tibi vs. Equador, de 7 de setembro de 2004.

As sentenças pioneiras no controle de convencionalidade são: *Lacayo vs. Nicarágua*, *Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, *Myrna Chang vs. Guatemala*, *Almonacid Arellano vs. Chile*.

O referido controle é o cumprimento de função principal que foi outorgada pela Convenção mediante o artigo 62, que prevê intervenção na defesa dos direitos humanos.

Portanto, defende-se que as espécies normativas primárias previstas no artigo 59 da Constituição do Brasil podem ser confrontadas na Corte. Essa competência tem fundamento normativo no artigo 2. da Convenção, segundo a qual os Estados-Partes têm o dever de adotar em suas disposições de direito interno a citada convenção. O documento de 1969:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionadas no artigo 1 ainda não estiver garantidos por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” (Mazzuoli, 1969, p. 73”).

Diante do exposto temos que o controle de convencionalidade é um mecanismo de proteção processual transnacional que é exercido pela Corte nas hipóteses nas quais o direito interno brasileiro seja incompatível com o Pacto, com o objetivo de garantir a supremacia da citada Convenção, mediante um exame de confrontação normativo. A dita obrigação de respeito e garantia, portanto, ultrapassa as fronteiras e autoridades nacionais, bem como as legislações dos Estados-partes, que devem aplicar as normas do tratado, sem dúvida, ainda que tenham como consequência a revogação de normas internas, incluindo dispositivos constitucionais.

Esta tese fica clara na sentença do caso “La Última Tentación de Cristo, que decidiu pela condenação do Chile, para o fim de modificar sua Constituição Federal. Nesse sentido, Néstor Pedro Sagués (2015,p. 124):

Por ello, em definitiva, cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.) esta sometida al control de convencionalidad. Em Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema e el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma, y por onde, está captada por dicho control. Incluso está, igualmente comprendida la Constitución nacional,

no exceptuada em los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que referimos, se parte tacitamente del supuesto de que el Pacto de San José da Costa Rica se encuentra acima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución.

Esse tipo de controle se concretiza com uma sentença proferida pelo tribunal localizado na Costa Rica, que determina a modificação, revogação, anulação ou reformas de normas ou mesmo políticas executivas internas, visando proteger os direitos humanos.

Portanto, em tese, o campo material no Brasil são leis ou atos normativos em nível federal, embora em outros países, como na Colômbia se aceitem espécies normativas estaduais e municipais, como ressaltam Eduardo Andrés Velandia Canosa e Diana Johanna Beltrán Grande (2012, Tomo III, Volumen I, p, 118). Os dois autores aceitam que o controle de convencionalidade atinja também outras espécies normativas além das federais: “acto legislativo, ley, decreto ley, decreto legislativo, decreto reglamento, ordenanzas departamentales, decretos expedidos por el gobernador departamental, acuerdos municipales o decretos emanados dele alcalde municipal.”

Posteriormente a Corte realizou ponderações acerca da aplicação do art. 63.1 do Pacto no que tange às reparações.

A sentença da Corte IDH (Caso Gomes Lund y otros - Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil, 2010, loc. cit., par. 325.3, p. 113.) em seus pontos resolutivos, decidiu, por unanimidade que as disposições da Lei da Anistia:

[...] impededem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (Grifo nosso)

Nos termos do parágrafo 325.4-7 da sentença, temos que o Estado brasileiro:

[...] é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma.

O controle de convencionalidade da Corte pode ocorrer tanto na via contenciosa como na consultiva.

A Lei da Anistia foi objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153, a qual foi proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, “objetivando a declaração de não-recebimento, pela Constituição do Brasil de 1988, do disposto no § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683 de 19 de dezembro de 1979”. Julgada em 29 de abril de 2010, em momento posterior ao oferecimento da denúncia pela Comissão à Corte IDH. O STF, por sua vez, por 7 (sete) votos a favor e 2 (dois) votos contra, considerou recepcionado o disposto no § 1º do artigo 1º da Lei n. 6.683, de 19 de dezembro de 1979 pela norma suprema brasileira. Portanto, o Brasil ainda não acatou a decisão de controle e invalidação da Lei da Anistia.

No caso do Brasil, a temática fica patente no caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia), no qual a Lei de Anistia, que foi considerada recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal, foi tida como inválida. Há outros julgamentos que consolidaram esse entendimento como “Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia”, e ainda “Cabrera García e Montiel Flores vs. México”.

6 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A JURISPRUDÊNCIA

Por controle interno se entende todos os mecanismos usados pelo Poder Judiciário no Brasil, mas também pelos controles feitos pelo Executivo e Legislativo por meio de instrumentos próprios. Há dois tipos de checagem de parâmetros frente aos tratados internacionais no controle de convencionalidade: os preventivos e os repressivos. Nos dois tipos há checagem no sentido de determinar se as leis ou atos federais, estaduais e municipais se estão de acordo com os tratados de direitos humanos do Pacto e outros da OEA. Para

tanto, há um confronto material que pode usar controle difuso ou mesmo o concentrado ou via de ação para análise de parâmetros.

No entanto, esta dupla checagem vertical deve ser feita inicialmente durante o processo legislativo, de forma interna, no chamado controle preventivo do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

No caso do Judiciário, dentro do chamado controle difuso interno, há um importante precedente firmado em 22 de novembro de 2006, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em que o Ministro Gilmar Mendes proferiu o seguinte:

(...) a reforma acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidades entre Estados pactuantes, conferindo-lhe lugar privilegiado no ordenamento jurídico. (...) a mudança constitucional ao menos acena para insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.06.1997) e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988 (...).

Nesse sentido, o controle preventivo de convencionalidade é o sistema de checagem que ocorre durante o processo legislativo e tem como objetivo impedir ou prevenir a introdução de uma norma que viole um tratado de direitos humanos no cenário jurídico, de forma que são instituídas barreiras que impedem as normas brasileiras de adentrarem o ordenamento jurídico, quando aquelas, desrespeitem documentos internacionais. Ressalta-se que esse controle ocorre antes ou durante o processo legislativo, ou seja, quando a norma ainda não está pronta e acabada.

Na fase inicial do processo legislativo, o próprio deputado ou senador, autor do projeto de lei, deve analisar a compatibilidade do projeto com o Sistema Interamericano, após a etapa introdutória, o projeto é remetido às Comissões Legislativas, especialmente à Comissão de Constituição e Justiça, onde novamente ocorre a análise da compatibilidade do projeto, tendo como parâmetro os tratados de direitos humanos, Todavia, os pareceres ou decisões da Comissão de Constituição e Justiça podem não ter caráter de decisão terminativa do feito.

De qualquer forma, superada a referida fase, o projeto é encaminhado ao Presidente da República que tem duas opções a seguir: a sanção ou o veto. O veto do Presidente da República ao projeto de lei pode ter a partir de agora três fundamentos: a violação de um tratado de direitos humanos, a inconstitucionalidade do projeto ou a falta de interesse público.

Surge um novo tipo de veto com fundamento na contrariedade do projeto aos tratados da Organização dos Estados Americanos, que também é veto jurídico, mas com fundamento diferente, trata-se contudo de veto não absoluto, podendo ser derrubado por maioria absoluta de cada Casa Legislativa.

Destarte, depois da sanção presidencial ocorre a promulgação e publicação da lei, encerrando-se o controle preventivo.

Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal tem entendido que, quando existe proibição de discussão de “cláusulas pétreas”, o controle preventivo poderá ocorrer, excepcionalmente, pela via jurisdicional, é o chamado direito função.

Como firmado pela doutrina na interpretação do parágrafo 2.o. do artigo 5., os direitos expressos não excluem outros que estão nos tratados internacionais. Com a possibilidade de direitos e garantias individuais nos tratados, o Supremo pode impedir a discussão de um projeto de lei que viole essa parte do núcleo imodificável no tocante a subtração de direitos previstos nos tratados de direitos humanos.

No Brasil, o controle de constitucionalidade repressivo é exercido após a existência da norma, ou seja, quando esta já adentrou o ordenamento jurídico, podendo ser checado pelo sistema misto, quando é realizado tanto na forma difusa quanto concentrada, mas já existe uma lei, ato normativo ou ato no ordenamento que não está de acordo com os tratados de direitos humanos. A via difusa, também denominada de exceção, de defesa ou indireta, é, em síntese, a arguição da incompatibilidade de um ato normativo ou lei, dentro de um processo judicial comum, frente às normas do Pacto de San José da Costa Rica.

Por sua vez, a via concentrada, também chamada de direta, de ação ou ainda de controle abstrato, trata-se de ação com a finalidade única: a declaração da nulidade de uma norma por violação de um tratado internacional.

Ressalta-se que o artigo 97 da Constituição institui a cláusula da reserva de plenário, estabelecendo que, tanto pela via difusa quanto pela concentrada, a declaração desse novo tipo de nulidade deve ser pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou do respectivo órgão especial.

No caso do controle difuso, o Supremo julgou o caso da alienação fiduciária e a não devolução do bem – depositário infiel – prevista no artigo 652 do Código Civil, em pertinência com o artigo 5^o, inciso LXVII da Constituição Federal, vejamos: “Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedendo a um ano, e ressarcir os prejuízos.”

O controle repressivo no Brasil, por sua vez, trouxe como primeiro caso a proibição da prisão civil do depositário infiel permitida pelo artigo 5 LXVII da Constituição Federal que confrontava o art. 7.7 da Convenção, que diz: “Art. 5^o LXVII. não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a *do depositário infiel*,” (GN).

Assim sendo, no tocante a prisão civil, o artigo 7 do Pacto de São José da Costa Rica determina que: “Ninguém deve ser detido por dívidas. *Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*” (GN).

Da interpretação dos referidos dispositivos legais, temos que a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos somente admite a hipótese de prisão civil (meio coercitivo de pagamento) nos casos em que houver descumprimento de obrigação alimentícia, enquanto que, como exposto em linhas anteriores, a Constituição Federal admite a prisão em duas hipóteses: descumprimento de obrigação alimentícia e ainda, no caso de depositário infiel. Assim, é patente o conflito existente entre a Lei Fundamental e ordinária pátria e a Convenção Americana. Diante disso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-SP⁴, decidiu pela impossibilidade de aplicação da prisão do depositário infiel frente a supralegalidade da Convenção e incompatibilidade com o Código Civil, que dispõe a possibilidade da referida prisão em seu artigo 652. Tal entendimento foi consagrado na súmula vinculante de número 25,

⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mai-09/supremo-avanca-nao-permitir-prisao-civil-depositario-infiel>.

segundo o qual: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”.

No que se refere ao controle concentrado, não há dúvida que a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental podem ser usadas para invalidar as espécies normativas primárias previstas no artigo 59 da Constituição Federal.

Destarte, a Corte IDH tem entendido que o controle de convencionalidade é um dever por parte dos tribunais locais, não podendo ser afastado por qualquer pretexto segundo Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p.137). Deve se entender ainda que além do processo transnacional apresentado diante da Corte, o tribunal maior do Brasil tem o dever de controlar a sua supra legalidade. Será denominado como via de ação, uma vez que deve existir uma provocação por parte dos legitimados do artigo 103, que colocam em movimento a jurisdição.

Outrossim, como ficou claro na prisão do depositário infiel, caso este já mencionado e julgado pelo STF e nas sentenças da Corte IDH, qualquer Juiz ou Tribunal do Brasil pode deixar de aplicar uma lei que confronta a Convenção Americana dos Direitos Humanos, dando aplicação direta ao tratado. Portanto, se trata de um controle concreto, que pode se apresentar de forma difusa em processos cíveis, penais, administrativos ou constitucionais⁵, como indica a obra coordenada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2012,p.2-12).

CONCLUSÃO

O controle de convencionalidade surge como importante colaboração para efetivação dos direitos humanos, possibilitando inúmeras formas de justificar a anulação de normas internas incompatíveis com tratados internacionais, quer sejam normas constitucionais ou infraconstitucionais.

Neste sentido, entende-se haver a necessidade de emenda constitucional que restrinja a competência do Supremo Tribunal Federal, deixando para sua alçada apenas a função de tribunal

⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordenador). *El control difuso de convencionalidad*, p.2-12.

constitucional, inviabilizando assim a competência recursal, bem como aquela que permite o julgamento de ações em razão de juízo originário. Embora muito recente e ainda pouco discutida no Brasil, esta teoria é muito usada em países latinos, como Colômbia, Paraguai, Argentina, Perú.

A referida mudança seria de suma importância, visto que além do Supremo ser o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade, seria também- no plano interno- o tribunal competente para aplicar o controle de convencionalidade, sem prejuízo do fato de que o referido controle também é exercido nos tribunais internacionais, como por exemplo, pela Corte Interamericana ou até mesmo, pela Comissão muito embora, esta, não tenha natureza jurídica de órgão jurisdicional.

Por outro lado, enquanto esta emenda não é proposta- se é que um dia ela será- pela própria sistemática de competência disposta na Constituição, o controle de convencionalidade pode ser atacado pela via difusa ou concentrada, utilizando-se dos mesmos mecanismos do controle de constitucionalidade, muita embora, seria ideal que – para este controle, na via concentrada- fossem criadas ações constitucionais próprias.

Ressalta-se que o controle de convencionalidade não fica restrito apenas a mudança terminológica, pelo contrário, se mostra como um mecanismo efetivo de proteção dos direitos humanos. Como exemplo claro do referido temos a vedação à prisão do depositário infiel, questionada pelo Rext.466.343, que originou a súmula vinculante nº 25, conforme mencionado anteriormente.

A positivação do controle mencionado e uma possível reestruturação de competência do Supremo Tribunal Federal possibilitaria a dupla checagem vertical, reconhecida pela lei, noutras palavras, uma lei infraconstitucional (federal, estadual ou municipal) deverá encontrar fundamento de validade não apenas na Constituição, mas também nos tratados internacionais de direitos humanos que forem ratificados pelo Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos & acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional do Estado. Curitiba: Juruá, 2003.

AYALA CORAO, Carlos M. **Las modalidades de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** <in> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coordinadores). La ciência Del derecho procesal constitucional, Tomo IX, Madrid: Marcial Pons/UNAM IJ xd la UNAN, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista jurídica da presidência, 2010, vl.12: 5- 43.

BAZÁN, Víctor (Org.). **Defesa de la Constitución: Garantismo y Controles**. Buenos Aires: Ediar, 2003.

BLINDER, Richard B. **An Overview Of International Human Rights Law**. 2. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.

CANTOR, Ernesto Rey. **Acesso Sistema Interamericano de Derechos Humanos**. Bogotá: Colômbia, 2010.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONDE, Fernando Jiménez (coord.). **Tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales**. Murcia: Diego Marín Librero-Editor, 2002.

CUCARELLA-GALIANA, Luis-Andrés. **Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**, Bogotá: Ediciones Dcotrina y Ley Ltda, 2015.

_____. **Acesso a la casación de las sentencias dictadas em materia de rectificaci3n de informaciones difundidas em médios de comunicaci3n social, em Problemas actuales del processo ibero-americano**. XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Volumen 1, Málaga, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador). **El control difuso de convencionalidad**, Santiago de Querétaro: FUNDAP, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Reflexões comparativas sobre los sistema interamericano y europeo de protecci3n de los derechos humanos** <in> Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados, (Méndez Silva – coordenador). Cidade do México: Instituto de Investigaç3es Jurídicas, 2008.

_____. **Los derechos humanos y su protecci3n internacional**, Lima: Grijley, 2009.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais**: a busca de uma exegese emancipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flavia; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado;

DULITZKY, Ariel E.; GALLI, Maria Beatriz; MELO, Mônica de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; KRSTICEVIC, Viviana. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **El proceso transnacional**. Buenos Aires; Ediar, 1992.

_____. **Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso**. Buenos Aires: Santá Fé, 2004.

HITTERS, Juan Carlos. **Control de Constitucionalidade y Control de Convencionalidade**: Comparación (Criterios Fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), Estudios Constitucionales, ano 7. N.2, Universidad de Talca, 2009.

ISAZA, Henry Eyner. **Los Derechos Humanos y Sistema Interamericano**, Bogotá, D. C: Ediciones Nueva Juridica, 2016.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de direitos humanos**

LEDESMA, Héctor Faúndez. **El agotamiento de los recursos internos en El Sistema de Protección de los derechos humanos**, São José da Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007.

LLORENTE, Francisco Rubio. **Derechos fundamentales y principios constitucionales**. Barcelona: Editorial Ariel, 1995.

LOIANO, Adelina. **El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos** <in> MANILI, Pablo Luis (Director). Tratado de Derecho Procesal Constitucional, Tomo III, Buenos Aires: La Ley, 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 2003.

_____. **La universalidad de los derechos humanos y El estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

MARTOS, José A. Montilla. **Minoría política & tribunal constitucional**. Madrid: Trotta, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos & cidadania: à luz do novo direito internacional**. Campinas: Minelli, 2002.

_____. **Curso de direito internacional público**. 4. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Coletânea de direito internacional, Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969)**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O Controle Jurisdicional Da Convencionalidade das Leis**, 3. Ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, Vol. 4 - Col. Direito e Ciências, 2011.

_____. O controle de convencionalidade brasileira e a teoria da dupla competitividade vertical material -- O respeito aos tratados internacionais e o controle de convencionalidade (difuso e concentrado) das leis. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009 | Revista dos tribunais, São Paulo, v. 98, n. 889, p. 105-147, nov. 2009 | Revista de direito do Estado : RDE, n. 14, abr./jun. 2009

MONTERISI, Ricardo D. **Actuación y procedimiento ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos**, La Plata: Librería Editorial Platense, 2009.

MORELOS, Gumesindo García. **El Control Judicial Difuso de Convencionalidad de los Derechos Humanos por los Tribunales Ordinarios em Mexico**. D.C.: Ubijus, 2010.

MOYA DOMÍNGUEZ, María Teresa y VILLARREAL, David. **Comisión Interamericana de Derechos Humanos** <en> Tratados de los Tratados Internacionales. (CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patricio Alejandro (directores); LEONTINA SOSA, Guillermina {coordinadora}), Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

PARDO POSADA, Nohora Elena; HERNÁNDEZ DÍAZ, Carlos Arturo. **Las decisicones de los organos internacionales, El bloque de constitucionalidad y su incidència em El derecho interno** <in> Derecho Procesal Constitucional (coordinador: Eduardo Andrés Velandia Canosa), Tomo II, Volumen II, Bogotá: Agencia Imperial, 2011.

PEREZ TREMPES, Pablo. **Las garantías constitucionales y la jurisdicción internacional em la protección de los derechos fundamentales**, Anuário de la Facultad de Derecho, n. 10 Universidade de Extremadura.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 1992.

SANGÚES, Nestor Pedro Sagúes. **El control de convencionalidad em el sistema interamericano y sua atipicos em El âmbito de los derechos**

econômico-sociales: concordâncias e diferenças em el sistema europeo.
Disponível em [HTTP://juridicas.unam.mx](http://juridicas.unam.mx), 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Estudos e debates em direitos humanos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. 1. ed. Porto Alegre: Fabris, 1997-2003. 3 v

TRUCCO, Marcelo F. **La protección transnacional de los derechos humanos. El valioso aporte de la Corte Interamericana** <in> Tratado de los tratados internacionales, (CARNOTA, Walter F. y MARANIELLO, Patricio Alejandro (directores); LEONTINA SOSA, Guillermina {coordinadora}), Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2011.

VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. **La Justicia Constitucional y su modelo transnacional** <in> Derecho Procesal Constitucional, Tomo III, Volumen I, Bogotá: VC Editores Ltda, 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

OS PRINCÍPIOS DA CONSTELAÇÃO SISTÊMICA COMO INSTRUMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO DA FRATERNIDADE

Greice Daiane Dutra Szimanski¹

Charlise P. Colet Gimenez²

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em decorrência da pluralidade e da multiculturalidade a sociedade mundial vive um momento ímpar em sua história, há uma crescente rejeição ao argumento de autoridade e uma considerável reivindicação da autonomia e da liberdade de consciência (ZUBEN, 2006). Neste contexto, o homem permanentemente vive em uma intensa busca de sentido para si e para o mundo em que está inserido, pois “o mundo, que antes se caracterizava como habitat de um sem-número de sociedades, torna-se a sede de uma única sociedade, denominada por Luhmann (1971) de sociedade mundial (Weltgesellschaft)” (GUERRA FILHO, 1997, p. 11).

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. Lattes <http://lattes.cnpq.br/6468894199211789>. Integrante do Grupo de Pesquisa “Conflito, Direitos Humanos e Cidadania”, cadastrado no CNPQ, liderado pela professora Doutora Charlise Paula Colet Gimenez. Advogada. Consteladora Sistêmica. E-mail: greice@greiceszimanski.com

² Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora dos Cursos de Graduação e Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “Gritos pela alteridade e sensibilidade do Direito: o estudo da mediação como resposta ecológica ao conflito a partir de Luis Alberto Warat”, vinculado ao PIIC/URI. E-mail: charliseg@santoangelo.uri.br

Como consequência, há um aumento significativo da individualidade e da litigiosidade, tornando-se cada vez mais necessário pensar em uma forma de amenizar os efeitos desses conflitos, restabelecendo o diálogo e a alteridade e é nesse sentido que se propõem o estudo das Constelações Sistêmicas e da Fraternidade, que se realiza por meio do Direito Fraternal, como forma de reflexão de novas abordagens, de novos métodos e novos paradigmas para o atual sistema jurídico.

Por meio dessa abordagem é possível pensar na possibilidade de um direito fundamentado no pacto entre irmãos, no cosmopolitismo, na honestidade, na ética e na humanidade como fundamento de qualquer código, é possível pensar em um direito inclusivo que propõe a ruptura dos modelos tradicionais, com uma proposta de solução de conflitos, cuja atuação e linguagem refletem essa posição de irmãos, iguais, livres e dignos, tendo como consequência a possibilidade de uma nova cultura, a cultura da paz.

1 DA CONFLITUOSIDADE E DO RECONHECIMENTO DA FRATERNIDADE

Nessa intensa busca de sentido é possível perceber que o ser humano somente pode ser compreendido na medida em que se deixa relacionar com o outro de forma direta ou indiretamente e, para que se possa compreender, é necessário obter a compreensão de si mesmo, do seu comportamento e é nesse transbordar “de opiniões, filosofias, doutrinas, saberes de mais” (WARAT, 2004, p. 19) é que surgem os conflitos e a necessidade de novos paradigmas que resgatem os significados de humanidade, comunicação, compaixão, alteridade, fraternidade, entre outros.

Assim, para que se possa superar a cultura do litígio é preciso uma reconsideração ecológica da relação entre justiça e sociedade, que leve em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam, juntos, os problemas e os remédios. Isso porque, nem sempre e não em todas as partes os conflitos são resolvidos por um juiz na base de um poder monopolista, do tipo estatal, nem que este sistema é por definição o mais justo e o mais racional (RESTA, 2004).

O veredito pertence à classe dos atos de nomeação, ele representa a palavra autorizada, palavra pública, oficial, enunciada em nome de todos e perante todos (BOURDIEU, 2011). Quando se recorre ao juiz, que é um terceiro imparcial e que analisa o conflito

apenas superficialmente, sem tocar o problema na sua origem, no seu interior, delega-se o poder de decisão sobre a própria vida e sobre a busca do sentido.

Vive-se a cultura do litígio, pois de acordo com Bourdieu, o trabalho jurídico exerce efeitos múltiplos e ao fixar uma decisão exemplar, ela própria serve de modelo a decisões seguintes, o que favorece a lógica do precedente, assim, o campo jurídico liga continuamente o presente ao passado (BOURDIEU, 2011).

Utilizar-se da dimensão jurídica do conceito de fraternidade, pode-se constituir num elemento essencial para a resolução dos problemas enfrentados pela sociedade cosmopolita, podendo promover uma mudança substancial nas relações humanas, desde a busca do bem comum à implantação de um Direito que almeja e demanda o bem de toda a coletividade.

Para “compreender o Direito Fraternal é fundamental ter presente a ideia de *pharmakon*, termo grego que pode significar, ao mesmo tempo, remédio e veneno, dependendo da forma como utilizamos a própria técnica” (VIAL, 2006, p. 120).

Essa discussão sobre Fraternidade é recente, iniciada por Eligio Resta, a partir dos anos 80, quando ele traz o conceito de amizade com um jogo de interesses e o código fraternal como um conjunto de regras, como todos os paradoxos e também com todas as aberturas que comporta o direito fraternal que já havia aparecido na época das grandes revoluções e retorna anacronicamente, colocando em evidência toda a determinação histórica com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com a consciência de que a humanidade é simplesmente o lugar “comum” no qual pode-se pensar o reconhecimento e a tutela (RESTA, 2004).

Assim, o direito fraternal é um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representado pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais que à sua sombra governam e decidem (RESTA, 2004).

E é por meio da Fraternidade que se torna possível fazer uma nova análise do direito, fundamentada em pressupostos relacionados à quebra da obsessão da identidade, tendo em vista a amizade, a não-violência e a paz (RESTA, 2004).

Esse novo direito não propõe a ideia ingênua de que se deve amar mutuamente, mas busca edificar/estruturar paradoxos, de forma constante e de maneira clara, como diz Resta:

[...] perchè non possiamo fare tutto quello che possiamo fare? Cioè, qual è illimite ad una attività, ad una *poiesis*, ad un 'fare' della nostra vita quotidiana e qual è la sua legittimazione? Perchè ci sono due termini di riferimento del 'possiamo'? E quali sono le nostre capacità di porre limiti al poter fare tutto quello che possiamo fare?³ (VIAL, 2006, p. 125).

Dessa forma, “estudar o direito a partir de uma visão transdisciplinar implica em construir um novo referencial para a própria ciência do direito, o qual deve se fundamentar em outras áreas de estudos que estão intrinsecamente ligadas “com” e “nos” fenômenos sociojurídicos” (VIAL, 2006, p. 129). Nesses pressupostos, praticamente funda-se o Direito Fraterno, pois,

ele é não-violento; ultrapassa os limites do Estado-nação; é cosmopolita; não pode ser imposto, mas pactuado entre iguais; é um direito que inclui e que não aceita a possibilidade da exclusão. O Direito Fraterno propõe que a pactuação seja aceita conjuntamente e não imposta (não-violenta); por isso, a importância do estudo dos bens comuns da humanidade por meio dos seus pressupostos (VIAL, 2006, p. 130).

Nesse sentido, para que o Direito Fraterno se torne possível é necessário passar por uma nova construção do saber, ultrapassando os limites dos juristas e não juristas e os limites da ciência do direito frente às novas demandas que surgem, pois “o direito tradicionalmente construído não consegue dar respostas adequadas para os novos desafios que envolvem o ser no e para o mundo” (VIAL, 2006, p. 129).

³ “[...] porque não podemos fazer tudo aquilo que podemos fazer? Isto é, qual é o limite de uma atividade, de uma *poiesis*, de um 'fazer' da nossa vida cotidiana e qual é a sua legitimação? Porque existem dois termos de referência do 'podemos'? E quais são as nossas capacidades de colocar limites ao poder fazer tudo aquilo que podemos fazer?” [Tradução Livre]

Talvez para que isso se torne possível seja necessário recorrer ao pensamento filosófico de Freud⁴ que destaca que o maior empecilho para o desenvolvimento da cultura é a tendência à agressividade e a inclinação que “constitui, no homem, uma disposição pulsional original e auto-subsistente” (FREUD, 1930).

E nesse contexto, busca-se na Constelação Sistêmica uma ferramenta capaz de auxiliar esse processo de reconhecimento e alteridade para que a Fraternidade consiga responder adequadamente às demandas atuais.

2 AS CONTRIBUIÇÕES DO PENSAMENTO SISTÊMICO

Há sempre um movimento de mudança, um sonho de ampliação dos direitos, a utopia de democratizar a cidadania, sendo que a ideia inicial dominante, em determinado período histórico, perdura somente enquanto são aceitas e reproduzidas e, portanto, não questionadas (MARX E ENGELS, 1976). E é exatamente esse desejo de mudança, de repensar o Direito de uma forma mais inclusiva e menos violenta que propõe o Direito Fraterno.

E tendo em vista essa constante evolução podemos se utilizar do pensamento de Niklas Luhmann (1998) que toma como referencial a sociedade considerada como um universo capaz de conter tudo o que está relacionado com a produção social de sentido. Seus postulados podem ser entendidos como um paradigma para as ciências sociais, sobretudo no que concerne ao conceito de sistema social, um conceito que funciona como fio condutor de seu pensamento, da teoria sistêmica que desenvolveu. O autor destaca que a sociedade não pode ser pensada sem a comunicação e a comunicação não pode ser pensada sem a sociedade. (LUHMANN, 1998).

Ao encontro desse pensamento, observa-se que o indivíduo não sobrevive sem a sociedade e que esta não sobrevive sem a comunicação. Nesse mesmo sentido, pode-se observar que as propriedades essenciais de um organismo são propriedades do todo que nenhuma das partes possui, elas surgem da interação e das relações entre as partes. (SANTANA, 2018). Pensamentos que vêm de encontro ao objetivo da Fraternidade que é perceber a

⁴ FREUD, S. (1930). O mal-estar na civilização. In: _____. Obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1980. vol.XXI.

necessidade de interação com o outro em situação de igualdade e identidade.

Diante disso, a partir da inserção da Teoria Geral dos Sistemas no Direito que se torna possível ampliar a comunicação entre as partes, utilizando ferramentas para a inserção dinâmica que proporcione a troca de informações.

O comportamento sistêmico vem sendo difundido, tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, com a aplicação prática de uma vivência denominada Constelação Sistêmica que é “o resultado da união de princípios provenientes de várias escolas psicoterapêuticas tais como a Teoria Sistêmica Familiar, a Terapia de Comportamento, a Gestalt, o Psicodrama, a Hipnoterapia, de Milton Ericsson, e o Grito Primário, de Arthur Janoff, entre outras” (CASTILHO, 2016, p.17), porém, sua aplicação prática passou a ser desenvolvida somente no início dos anos 80, pelo filósofo, teólogo e pedagogo Bert Hellinger.

Essa técnica auxilia, basicamente, na harmonização dos relacionamentos e no reconhecimento dos papéis, ampliando a visão sobre o problema e favorecendo a capacidade dos envolvidos se colocarem no lugar uns dos outros, praticando, de fato, a fraternidade.

Nesse raciocínio, Hellinger observou que os relacionamentos humanos e a constituição dos sistemas ou grupos sociais carecem da satisfação de três necessidades essenciais, que se manifestam de forma complexa e asseguram sua sobrevivência, quais sejam, a necessidade de pertencimento, a necessidade de ordem e a necessidade de manter o equilíbrio entre os membros. Tais forças agem como princípios da vida, arbitrários como leis físicas, químicas e biológicas, denominadas como as Ordens do Amor (HELLINGER, 2007).

Nos estudos realizados pelos demais pesquisadores do pensamento sistêmico, pode-se observar que na ocorrência de desrespeito a uma ou mais leis sistêmicas, surgem dificuldades nos relacionamentos, desequilíbrios orgânicos, emocionais ou mentais, bem como outros fenômenos como má sorte, fracassos reiterados em diversas áreas da vida, falências, perdas, endividamento, etc. Todas essas situações desagradáveis e problemáticas quando não sanadas são repassadas de uma geração a outra e passam a interferir a vida em sociedade.

Além dessas ordens sistêmicas, e a serviço destas, existem as leis naturais ocultas que modelam e regem o comportamento dos sistemas das relações humanas que são as consciências sistêmicas, ou seja, a consciência pessoal, a consciência do grupo e a consciência universal que são percebidas pelos seus efeitos, pela dor resultante de sua violação e pelo amor profundo e estável que elas alimentam (GRAÇA, 2015).

Cada conexão relacional se encontra configurada por uma consciência. A consciência pessoal é regida pela dinâmica da culpa e inocência, entre certo e errado, e está ligada diretamente aos valores familiares. Na consciência do grupo atua um poder inconsciente que cobra qualquer desrespeito para com o grupo em relação às forças de vínculo, compensação e ordem. Por fim, a consciência universal aceita a todos e a tudo, no seu tempo, na sua forma e no seu movimento (GRAÇA, 2015).

Assim, se uma ofensa ideológica pode evocar o sentimento de fidelidade de uma pessoa com tamanho efeito, agressões físicas e assassinatos terão uma consequência exponencialmente superior. Uma ferida provocada contra um participante do grupo pode ativar uma profunda necessidade de vingança em um ou mais componentes. O amor que une uma família frequentemente contribui para que seus participantes ajam irrefletidamente, como se lhes fosse exigida uma obediência incondicional. Muitos participantes seguem, sem perceber, a lei implacável da justiça primitiva ou consciência coletiva - olho por olho, dente por dente - de maneira que um dano sofrido pode, em muitos casos, ser revivido de geração a geração, ou seja,

a identificação é como uma compulsão sistêmica da repetição. Tenta recriar e reproduzir o passado para fazer justiça a uma pessoa excluída. Essa justiça, porém, é primitiva e cega: não traz solução. Segundo sua dinâmica, pessoas que vem depois se enredam no destino de uma pessoa que veio antes. Ainda que seus atos sejam motivados pelo amor, elas assumem uma responsabilidade inadequada. Uma pessoa que vem depois nada pode fazer pela que veio antes, depois do fato consumado. Essa justiça retroativa apenas mantém, indefinidamente, o desequilíbrio sistêmico (HELLINGER, 2006, p. 166).

Dentro de uma disputa, seja ela pessoal ou grupal, cada lado, ou cada indivíduo, é fiel ao seu grupo de referência e tem a sua

própria boa consciência, que sustenta violências e até mesmo homicídios de ambas as partes. Nesse sentido,

é espantoso constatar o quão diminuta é a capacidade das pessoas em admitir a validade do argumento dos outros, embora esta capacidade seja uma das premissas fundamentais e indispensáveis de qualquer comunidade humana. Todos os que tem em vista uma confrontação consigo próprios devem contar sempre com esta dificuldade geral. **Na medida em que o indivíduo não reconhece o valor do outro, nega o direito de existir também ao “outro” que está em si, e vice-versa** (JUNG, p. 15, 2000).

Nesse sentido, o conflito doloroso/negativo pode levar a situações de desagregação social graves, é por isto que as sociedades lançam mão de recursos, meios de pacificação, de resolução, acordos, fronteiras, políticas, apoiados na legislação e jurisdição aceita pelas partes. Portanto, a representação jurídica busca manter os conflitos dentro de certos limites e “quando esses limites deixam de existir, como acontece na guerra, ou quando o poder da ordem desmorona, como nas revoluções, irrompe de novo a vontade arcaica de extermínio, com suas terríveis consequências” (HELLINGER, 2006, p.13-14).

Não é incomum ver manifestações de agressão e violação do outro, impaciência e ofensas, calúnias, mágoas, raiva de diversos modos, expressas sutil ou grosseiramente, nos mais diversos meios sociais. A destruição moral do outro é um ponto claro da vontade de afirmação de si e de extermínio do outro ou de sua alteridade, portanto, de sua dignidade.

Tal situação é praticamente inescapável aos indivíduos comuns que, por vezes, se encontram à beira de serem atacados e de responder com ataque. Violência gera violência e um ato justifica o outro, gerando uma nova possibilidade para a violência que habita no ser humano.

Assim, “quando alguém nos faz algum mal, planejamos vingança. Isto é, para compensar queremos causar um mal também a essa pessoa. Isso decorre da necessidade de compensação, portanto, da necessidade de justiça” (HELLINGER, 2007, p. 15). Dessa forma, a vingança nasce neste contexto de equilíbrio do dar e receber, mas, enquanto vingança, tal ação traz consigo problemas intrínsecos, que são respostas de violência com motivação na raiva.

Quando na vingança se ultrapassa a necessidade de compensação, traz-se um novo problema ao conflito e um novo desequilíbrio é trazido, basta ver as suas reverberações familiares que se apresentam por meio de dívidas e marcas carregadas inconscientemente herdadas dos anteriores (CASTILHO, 2016). “Ao nos vingarmos, ultrapassamos a necessidade de compensação e justiça e causamos mais sofrimento e dano ao outro do que ele nos causou. Mas o outro também quer vingança e assim o conflito entre nós nunca tem fim” (HELLINGER, 2007. p. 15).

Toda tragédia tem, assim, sua origem na tensão entre a boa e a má consciência, o conflito entre os dois lados reduz-se a um conflito entre duas boas consciências que se opõem. A percepção de um indivíduo dentro de um grupo é limitada, de modo que em ambos os lados estão seguros de que são detentores da razão e que o outro deve ser eliminado.

Nesse contexto, como se pode, então, conquistar a paz? E a resposta é simples, é por meio do amor, pois

a regra básica da comunicação é que quando um fala o outro escuta, ou seja, há um emissor e um receptor. A questão não é falar, pois isso é mais simples e natural. A dificuldade está em ouvir. Portanto, é necessário estudarmos um pouco mais sobre como melhorar nossa escuta. E sob uma perspectiva mais profunda: **ouvir o coração do outro** (LEOTO, p. 39, 2013).

Muitas vezes o conflito não é “o que impede a aliança, desde que nele não nos fechemos. Às vezes, ocorre um conflito através do qual poderemos descobrir uma maneira de união mais profunda” (LELOUP, p. 43, 2014).

Para Hellinger, a paz começa onde termina a vontade de extermínio, momento em que o indivíduo reconhece que não existem seres melhores e piores, todos estão enredados, nesse sentido, todos são iguais,

quando sabemos e reconhecemos isso, quando sabemos que nossa consciência tolhe a nossa liberdade, podemos nos aproximar uns dos outros sem arrogância. Respeitando os limites que nos são impostos, podemos olhar mais longe e ultrapassar nossa boa consciência

anterior, para nos encontrarmos mutuamente em algo maior. Aí começa a grande paz. (HELLINGER, 2007, p. 23)

O caminho para a paz é preparado por um amor aberto, leve, acolhedor, um amor que está além do bem e do mal, além dos grandes conflitos. A paz é o reencontro entre o que antes estava em oposição e o reconhecimento mútuo dos lados que se excluía, de modo que fazem um luto conjunto pelas vítimas que até então se combatiam ou se destruía (HELLINGER, 2007, p. 23).

É exatamente isso que os princípios da Constelação Sistêmica propõem e revelam uma certa urgência na necessidade de ampliação da consciência de cada ser humano partindo do princípio que as relações familiares, originárias, são as responsáveis por tecer todas as demais relações e o comportamento de cada um, assim como revelam a urgência pela busca pelo autoconhecimento, pelo diálogo, pelo respeito aos direitos do outro para que juntos possam promover a Fraternidade

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo proposto pode-se observar a necessidade emergente do reconhecimento e aplicação de um Direito Fraternal que tenha como objetivo o pacto entre iguais, a inclusão, a não-violência, os direitos humanos e a amizade propostos por Restá, bem como, faz-se necessária a conscientização do poder de decisão individual, evitando a delegação a um terceiro sobre a decisão de determinado conflito, por meio de uma nova construção do saber.

No entanto, a aplicação e a eficácia da Fraternidade somente se tornará possível a partir do autoconhecimento, do reconhecimento do outro e do reconhecimento dos princípios que regem cada sociedade, formada por inúmeras famílias, servindo a Constelação Sistêmica como uma grande ferramenta concretizadora desse ideal fraternal.

O pensamento sistêmico permite olhar para além do indivíduo auxiliando na harmonização dos relacionamentos, no reconhecimento dos papéis, na reconexão dos sistemas, ampliando a visão sobre o conflito, favorecendo a reconstrução da comunicação, do diálogo e da capacidade dos envolvidos se colocarem no lugar uns dos outros, praticando, de fato, a fraternidade.

REFERÊNCIAS

- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
- CASTILHO, Carola. **Ecos do Passado: Trabalho terapêutico sistêmico em Constelações Familiares**. Tradução: Tatiana Hedeke. 1ª Ed. Curitiba: Artêra: Appris, 2016.
- FREUD, S. (1930). **O mal-estar na civilização**. In: _____. Obras completas. Rio de Janeiro: Imago, 1980. vol.XXI.
- GRAÇA, Marusa Helena da. **Constelações familiares com bonecos e os elos do amor que vinculam aos ancestrais**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2015.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*. <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/12902>. Acesso em: 14 Fev. 2018.
- HELLINGER, Bert. **ORDENS DO AMOR – Um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. Tradução: Newton de Araújo Queiroz; revisão técnica Heloisa Giancoli Tironi, Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.
- HELLINGER, Bert. WEBER, Gunthard. BEAUMONT, Hunter. **A Simetria Oculta do Amor: Por que o Amor faz os Relacionamentos darem certo**. Tradução: Gilson César Cardoso de Souza. 6ª Ed. São Paulo: Cultrix, 2006.
- JUNG, Carl. **A natureza da psique**. 5ª edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.
- LELOUP, Jean Yves; CREMA, Roberto. **Dimensões do cuidar: uma visão integral**. São Paulo: Vozes, 2014.
- LEOTO, Magali; LEOTO, Sérgio. **Vivendo e aprendendo a brigar**. Rio de Janeiro: Thomas Nelson Brasil, 2013.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**. Barcelona: Antrhopos, 1998.
- MARX, K.; ENGELS, F. *A ideologia alemã I*. 3ªed., Portugal, Editorial Presença/ São Paulo, Martins Fontes, 1976.
- RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.
- SANTANA, Jair Eduardo. **Pensamentos Linear-Cartesiano, Sistêmico e Complexo aplicados à Governança Pública: As aquisições Governamentais**. Disponível em: https://www.jmleventos.com.br/arquivos/news/newsletter_adm_publica/arquivos/A_NEXO_3_12_03.pdf. Acesso em: 21 jan. 2018.
- VIAL, Sandra Regina Martini. **Direito fraterno na sociedade cosmopolita. RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.**
- VIEIRA, Adhara Campos. **Constelação Sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- WARAT, Luís Alberto. **Surfando na Pororoca: O ofício do mediador**. Monteiro: Fundação Boiteux, 2004.

PAX ET RELIGIO (PAZ E RELIGIÃO)

Antonio Marchionni¹

1 RELIGIO

Iluminados neste escrito por pensamentos de Santo Agostinho, iniciamos com a paz que nele é “tranquilidade da ordem” (*Da Cidade de Deus*, 19). A paz no interior da pessoa e da casa, entre pessoas, entre cidadãos, entre nações, entre homens e Deus, é frágil, ora existente e ora destruída, clamada por todos, violada por muitos. A paz, invocada com a maior tranquilidade em conversas e congressos, é ferida em continuação pelos humanos.

Neste escrito recorreremos a conceitos como “*religio*”, *graça*, *ordem* e *cosmo* (mundo ordenado) para oferecer breves pensamentos teóricos (teológicos e científicos), os quais possam sustentar uma prática da paz entre os humanos.

Agostinho indica que a paz é ordem, a qual só pode existir entre os humanos se estes vivem na *religio*, que nós interpretamos, aqui, como *religião-religação*.

De antemão dizemos que o termo *religião* pode ser entendido de duas formas:

- 1) Religião no sentido particular de confissão religiosa: religião cristã, xintoísta, incaica, e outras.
- 2) Religião no sentido universal de *religio*, ou seja, religação, relação, em qualquer forma esta ligação possa acontecer, até em pessoas ateias.

Aqui utilizamos *religio-religião* no segundo significado, mais amplo que em Agostinho e teologicamente atualizado. Alguém irá pensar que o nosso discurso padece de panteísmo. Na verdade, o

¹ Doutor em Filosofia e Mestre em Teologia. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

nosso escrito afirma a transcendência do Criador, sem excluir, todavia, o agir panteístico do Lógos e do Espírito no devir do mundo.

A partir do conceito de *religio*, aqui usado, o presente texto extrai uma conclusão ousada: o cristianismo ocidental teísta, particularmente em sua forma católica, sofre de penúria de *religio* ou religação, diferentemente dos orientais, cujo panteísmo ecológico educa os cidadãos à integração total com as coisas e as pessoas. Com isso, a religião cristã contribui mais para a guerra que para a paz.

Pretendemos chegar também a outra afirmação herética para o intelectualismo de alguns cristãos, mas razoável em cristãos ciosos mais da verdade do que de sua vaidade. A afirmação é esta: o cristianismo, particularmente o cristianismo católico, precisa apropriar-se de muita coisa do panteísmo, caso queira criar um discurso mais convincente sobre a paz. Thomas Merton iniciava este caminho quando morreu em Bangkok indo para o Oriente, de onde nasce o Sol segundo Hegel.

Também se pretende, neste escrito, alertar os católicos seduzidos pelo antropocentrismo iluminista e esquerdista a recuperar a fé na *graça* teocêntrica, e fazê-lo mediante conceitos novos, mutuados da ciência, sobre Deus-energia, Cosmo-energia e Cosmo-ordem (e cosmo-caos).

2 O CATOLICISMO SEM *RELIGIO* COMO CAUSA DE VIOLÊNCIA?

A perda da *religio* em certo catolicismo, reduzido a ritualismo estéril e frequentemente barroco (ritualismo como fim em si mesmo), pode explicar dois fatos apavorantes de ausência de paz na atualidade:

- 1) Em nível local, os cinquenta países mais conturbados do mundo em assassinatos são ocidentais e católicos, situados na América Central e na América do Sul, conforme os dados da ONU em *List of countries by intentional homicide rates by decade*. Em Honduras registram-se 87 assassinatos a cada 100 mil habitantes e no Brasil 33, enquanto na Índia 3, na Europa 1, no Japão 0,3. Esses dados aterradores chamam em causa o catolicismo, sem meios termos.

- 2) Em nível internacional, os países mais beligerantes do mundo desde a segunda guerra mundial são ocidentais e cristãos, nominalmente os Estados Unidos, a Inglaterra e a França, cujos aviões diariamente durante décadas descarregam bombas sobre algum povo. Tais fatos chamam em causa o cristianismo.

De raspão podemos até fazer uma alusão ao fenômeno latino-americano da migração de fiéis católicos para o pentecostalismo. Os sociólogos e os teólogos se perdem nas explicações sociologistas. Quando, porém, a teologia recorre às categorias da mística, sobressai imediata a consideração de que o pentecostalismo vive a religião como *religio-religação*, e isso atrai os espíritos, enquanto tal dimensão vai se perdendo nos protestantes históricos e nos católicos. Com isso, vão se perdendo as condições da paz em boa parte do mundo, uma vez que o catolicismo e em geral o cristianismo ainda cobrem formalmente a maioria da população do ocidente. Conclusão: a paz do mundo requer uma conversão do cristianismo em geral e do catolicismo em particular.

3 OS HUMANOS IMPOTENTES EM FATO DE PAZ

É demasiado observável a incapacidade dos humanos a viverem a paz dentro de si e fora de si.

A paz é, em Agostinho, *tranquillitas ordinis*, tranquilidade da ordem. *Tranquillitas* é um estado de repouso, contentamento, expansão da pessoa, sorriso. *Ordo* é a relação apropriada ou ajustada entre dois ou mais existentes. *Tranquillitas ordinis* é uma tranquilidade garantida pela existencia de ordem entre existentes.

A tranquilidade da ordem, ou paz, ocorre nas ordenações ou relações entre humanos quando estes vivem religados em *religio*. Fora disso, os homens permanecem condenados a ter desejos e pensamentos e vontades e congressos de paz, mas a praticar atos de guerra pequenos e grandes. Privados do exercício da religação amorosa, entre si, os humanos cristãos caem na presa do “príncipe deste mundo”, o diabo, cuja essência é a desunião (*diábolo*, do grego *diá-ballo*, ponho longe, ao contrário de *símbolo*, de *sin-ballo*, ponho junto).

Nessa limitação evidentíssima dos humanos católicos em religar-se, revive-se Ovídio das *Metamorfoses* 7 na Roma imperial:

“*video meliora proboque, deteriora sequor*”, vejo as coisas melhores e as aprovo, mas pratico as piores. Também ecoa Paulo em *Romanos 7*: “Há em mim o desejo do bem, mas não há a capacidade de fazê-lo”. E também ouve-se Agostinho em *A Natureza e a Graça 67*: “A pessoa vê aquilo que deve ser feito retamente e o quer, mas não consegue realizá-lo”. Aparece indiscutível a necessidade da intervenção divina na realização da paz pelos humanos.

4 MORTE OU GRAÇA

Diante dessa impotência dos humanos em relação à paz, resta uma bifurcação: 1) invocar o pessimismo e até o suicídio, 2) invocar a graça. O primeiro é o caminho das filosofias do absurdo em 1900, pontificadas por Sartre, sua mulher, e Camus, o segundo é o caminho da graça nas religiões.

A palavra *graça* constitui a essência do “ser religioso ou religado”, conforme ressalta insistentemente Agostinho quando lê o *Evangelho de João 15*: “sem mim nada podeis fazer”. Se *religio*-religião é religação, o primeiro ser a entrar nessa religação-relação é o Criador/Organizador do mundo, do qual emana para o homem a energia essencial ao existir e ao fazer o bem. Não há como ser católico sem viver a graça e não há condição de se falar da paz em ambiente católico sem pronunciar a palavra graça. Quando isto é preterido, entra-se na guerrilha de palavras e na sobreposição caótica de intelectualismos orgulhosos sem nada concluir.

A graça é a irrupção da força cósmico-divina no homem. É o combustível no homem. O celular descarregado de energia não pode se auto alimentar sozinho, da mesma forma que o homem incapaz do bem não pode dar a si mesmo essa capacidade: ninguém se dá o que não tem. O celular deve plugar-se à grande rede de distribuição da força e o homem precisa estar religado à Força Divina que circula nas veias do universo.

Mas o homem se desligou oficialmente do Divino em 1700. A Graça como Força está aí, mas o homem iluminista e pós-iluminista decidiu de não padecer a humilhação de plugar-se à Força. O homem “desligado” pretendeu produzir por si mesmo a energia, após ter-se autodeclarado deus de si mesmo: “eu sou o senhor meu deus”. Pretendeu ser deus, mas continuou homem, e continuou nas guerras antigas, que se tornaram maiores e nucleares, contrariando a esperança positivista de que as inimizades entre humanos finalmente

diminuiriam e desapareceriam graças à razão iluminada. O homem moderno “desligado” não se dá conta da origem de sua incapacidade, atribuindo-a à natureza humana, a qual “é assim mesmo”.

Por isso, os tempos modernos desesperam da possibilidade de tempos melhores e invocam como saída até o suicídio estoico dos existencialistas. Mas, anota Agostinho no lugar citado, qual insensatez levou os filósofos a procurar a felicidade na vida e, quando esta vida não parece dá-la, a procurar a felicidade na morte?

Mais inteligente é procurar a felicidade onde é possível alcançá-la: na graça. Fora do conceito de graça, é desesperador querer entender o ser humano, único animal que destrói com requinte a natureza das coisas e dos outros humanos, frequentemente por puro prazer da crueldade.

5 O CATOLICISMO “DESLIGADO”

Também o catolicismo, seduzido pelo iluminismo, se desligou paulatinamente do Divino durante as décadas pós-iluministas de 1800-2018. Chamou-se *secularização*, pois o cristianismo foi ligando-se ao século e desligando-se do eterno, preferindo a sociologia dos racionalistas à mística dos santos, mística que, em Agostinho, é a união quase matrimonial-carnal entre o homem e o Criador, união que acontece também na Eucaristia: “chamaste, e clamaste, e rompestes a minha surdez; brilhaste, cintilaste, e afastaste a minha cegueira; exalaste o teu perfume e eu respirei e suspiro por ti; saboreei-te e tenho fome e sede; tocaste-me, e inflamei-me...” (Confissões, X). O catolicismo, abandonando a união mística, abdicou praticamente do teocentrismo e decidiu-se pelo antropocentrismo. Hoje, dificilmente o sacerdote católico ou o bispo, com seus fiéis, crê e ensina que o Criador possa modificar o rumo dos eventos naturais e humanos. Quando falam publicamente da sociedade e da paz, parecem sociólogos materialistas. Dificilmente uma família católica se religa ao Criador e aos produtores da comida na hora de sentar-se à mesa, como fazem os japoneses no *Itadakimasu*. O católico secularizado até se utiliza do “pedi e vos será dado” e pede o milagre, especialmente na doença ou necessidade grave da pessoa querida, mas sem grande convicção de que isso venha a acontecer, diferentemente do fiel pentecostal, o qual tem certeza de que o milagre acontecerá.

Também a teologia, inclusive em sua forma de Teologia da Libertação, se secularizou e se tornou cripto-materialista antropocêntrica. A Teologia católica de fato confia mais na força dos homens e das ciências do que na força da aliança com o Divino, crê mais na revolução muscular em movimentos sociais do que na evolução espiritual, crê mais nas armas do que nas almas, mais no método da luta de classes de Marx do que no método da evolução amorosa de Cristo e de sua paz, “aquela paz que o mundo não dá”. Com isso, a teologia vai ensinando a ligação às criaturas e o distanciamento do Divino, conforme o famoso exemplo dado por Agostinho na explicação do pecado: o noivo fez para a noiva um belíssimo anel em sinal de amor, e ela se apaixonou pelo anel, esquecendo-se do noivo (*Comento à Carta de João*, 2).

Os sábios anteriores ao cristianismo e os da patrística costumavam distinguir três tipos de homens: 1) o homem carnal, 2) o homem psico-racional, 3) o homem espiritual. Hoje parece prevalecer, no cristianismo, o homem racional-cientificista.

Segundo teólogos atuais, como Mancuso e Panikkar, o ser humano é um feixe energético que se movimenta vertiginosamente e se apresenta em varias capacidades e formas, entre estas as formas visíveis do corpo e as invisíveis da mente, juntamente com as formas-capacidades minerais, vegetais, sensíveis, psíquicas, racionais, espirituais (Mancuso, 2007). Ora prevalece uma forma, ora outra, tal como no sono, quando diminui a capacidade racional e prevalece a mineral-biológica. Em alguns momentos, por exemplo no trabalho, essas conformações do homem se apresentam juntas, em outros momentos se apresentam separadas, como na morte, quando a energia-homem adquire a forma apenas de espírito. O espírito é a porção da energia-homem que toca o Cósmico-Divino. Esse toque equivale à tomada elétrica do celular.

Tocando-se, homem e Energia Cósmico-Divina se colocam em osmose energética: aí, o homem adquire a capacidade plena de cooperar na ordem universal originada no Criador, regulada pelo Lógos, mantida pelo Espírito do Amor. A tranquilidade dessa ordem se chama paz.

O eclipse do espírito nos humanos atuais representa a ausência do ponto de junção entre o homem e a Força, ausência da qual deriva a falta de capacidade humana para evitar a guerra e, em geral na Ética, a falta de energia para fazer as coisas melhores.

6 A RELIGIO COMO ORDEM

A *religio* significa a ligação ou ordenação tranquila de cada existente a todos os outros existentes. Chamamos existente qualquer coisa que existe: visível, invisível, mineral, sensível, racional, irracional, material, espiritual. Pode ser a folha, a pedra, um filho, um espírito, tudo.

Todos os existentes, pelo menos os entes materiais, surgem de um único elemento comum: o átomo ou alguma partícula subatômica ou outra coisa que a ciência proporá. Tudo é átomo, tudo é a mesma carne, tudo tende a estar ligado e, como diz o Apóstolo em *Efésios 5*, “ninguém quis mal ao seu próprio corpo”.

Deste fato deriva a *religio* ou religação ou religião entre existentes conscientes de terem a mesma carne. Trata-se de um fato “religioso” anterior à constituição de religiões específicas. Também o ateu pode praticar tal *religio*, ainda que exclua a religação com os existentes imateriais.

A religião, portanto, antes de ser praticada como organização de crenças dentro de um organograma eclesial, deve exercitar-se primordialmente como ligação de qualquer existente com qualquer outro existente. Ligação vital, inteligente, amorosa. Certos grupos orientais andam com gaze na boca para não engolir um mosquito.

Está claro que esta *religio* é fator formidável e único de paz.

A religação entre existentes é vivida do forma carnal-espiritual nos panteísmos orientais, africanos e incaicos, mas é limitada no ocidente das religiões teístas. Por isso, a paz, conforme os índices históricos de pazes e guerras, é mais fraca nos países do ocidente e mais forte nos países do oriente, tanto nas relações entre cidadãos dentro da nação quanto nas relações entre nações.

7 O COSMO COMO ORDEM E PAZ

A nova ciência da física sobre o cosmo como ordem energética è, hoje, um forte aliado da teologia e dos humanismos para entender a paz e praticá-la. É notório o desejo de Einstein de achar a fórmula do universo, a qual era Deus para ele.

A lei básica do universo é a ordem, ou seja, a união, a relação, a religação, o amor. O Bem universal e a Justiça para o qual

tendem todas as coisas é aquilo que chamamos Deus (Mancuso, 2016). De outra forma, o universo se desintegraria. Tal ordem macrocós mica parte do pó atômico e chega às galáxias, passando por cada ser existente. Observamos também que a ordem do macrocosmo e do microcosmo é acompanhada pela desordem, que em filosofia constitui a espinhosa questão do mal, sobre a qual aqui preterimos. Concluimos que o universo é um conjunto de ordem e caos, perfazendo a dialética abordada por tantos pensadores. Ordem e caos constituem a lei magna do universo. Neste contexto, o esforço de paz é um ato a serviço da lei magna do cosmo.

Boa parte das pessoas de ciência não descartam a razoabilidade da existência de um Criador da ordem cósmica, em teologia chamado Pai das Luzes, cuja existência, por não ter provas físicas, depende do nível de puro pensamento alcançado pela pessoa em atitude metafísica (acima da física).

O universo está sendo pensado como um imenso feixe de energia, formado de átomos vazios, nos quais os elétrons e nêutrons circulam vertiginosamente em ordem e paz, sem esbarrar um no outro. Como dissemos ao falar sobre o homem, a alma energética do cosmo assume feições inúmeras em cada ser existente. Num certo momento esta energia se apresenta como matéria aparentemente inerte nos minerais, noutra como alma vegetativa nas plantas, ora como alma sensitiva nos animais, ora como alma racional nos homens, ora como alma espiritual. Tudo isso acontece num movimento de evolução inexorável, como queria Darwin, por conexões e composições incontáveis em direção a uma ordem admirável ou paz estável.

8 A TRINDADE INSPIRAÇÃO DA PAZ

Na origem da energia cósmica está a Fonte Energética ou Princípio Criador, que chamamos Deus.

Enquanto fonte da ordem energética do mundo, ordem como coesão-união-amor, Deus é união-coesão-relação-amor. A ordem ou paz do mundo é a essência do Princípio Criador, repassada geneticamente a cada existente (Santos, Pozzoli, 2016). Trabalhar para a paz, nesta perspectiva, significa ser “cooperário do Princípio Criador” segundo Paulo em *1 Coríntios 3*.

A ordem engendrada pelo Princípio Criador è mantida pelo Princípio Ordenador, dito Lógos nos gregos e no *Evangelho de João 1*: “No começo era o Lógos”, ou seja, no início era a Mente do Criador. Tal ordem é mantida coesa pelo Princípio do Amor ou Espírito Santo.

Vemos que a paz vive em forma trinitária no universo pelo Mistério da Trindade, que Agostinho assim explica: o Criador engendra o seu próprio pensar, que vem a ser o seu Filho (Sapiência do Pai), Filho e Pai se olham e se amam, vindo a ser engendrado o Espírito Santo de Amor. O Pai cria, o Filho pensa, o Espírito ama. A partir deste momento primordial e arcano, o ser humano è chamado a evoluir no criar, no pensar e no amar, três dimensões que constituem o Divino, o Universo, cada existente, cada Pessoa Humana. Essa é a paz. Paz criada, repensada e mantida em forma contínua, como ato cósmico.

O homem que pensa desta forma está mergulhado no Lógos, mesmo que seja ateu, e pensa de forma divina em conexão-relição-*religio* com a Graça ou Força, sem a qual dificilmente os bons pensamentos dos humanos se convertem em atos.

9 PAZ E ORDEM

A paz é a ordem em Agostinho. È ordem em vários níveis: corpo, alma, casa, Estado, cidade celeste, universo. Mas, deixemos o próprio falar em *Da Cidade de Deus*, 19.

“A paz do corpo é, portanto, a ordenada proporção das partes, a paz da alma sensitiva é o ordenado equilíbrio dos instintos, a paz da alma racional é o ordenado acordo entre pensar e agir, a paz entre corpo e alma é a ordenada vida e saúde do vivente, a paz entre o homem mortal e Deus é a ordenada obediência sob a lei eterna na fé, a paz entre os homens é a ordenada concórdia, a paz da casa é a ordenada concórdia do comandar e obedecer dos coabitantes, a paz do Estado é a ordenada concórdia do comandar e obedecer dos cidadãos, a paz da cidade celeste é a comunhão sumamente ordenadíssima e concórdíssima em usufruir de Deus a usufruir-se reciprocamente em Deus, a paz de todas as coisas é a tranquilidade da ordem”.

REFERÊNCIAS

Agostinho, **La Città di Dio**. S. Aurelii Augustini Opera Omnia, Editio latina et italica, Città Nuova Editrice, Disponível em: <http://www.augustinus.it/latino/index.htm>,

Panikkar, Raimon, **Pace e disarmo culturale**, Milano, Rizzoli, 2003.

Panikkar, Raimon, **La Plenitude del hombre**, Madrid, Siruela, 1999.

Mancuso, Vito, **Dio e il suo Destino**, Milano, Garzanti Libri, 2016.

Mancuso, Vito, **L'anima e il suo destino**, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2007.

Marchionni, Antonio, **Ética: a Arte do Bom**, Petrópolis, Vozes, 2008.

Santos, I., Pozzoli, L. (orgs), **Fraternidade e Misericórdia, um Olhar a Partir da Justiça e do Amor**, Editora Culto dos Livros, São Paulo, 2016.

Conc. Ecum. Vat. II, Const. dogm. **Lumen gentium**. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19641121_lumen-gentium_po.html

Francisco, Carta enc. **Laudato si'** (24 de maio de 2015), n. 231: AAS 107 (2015).

João Paulo II, Carta enc. **Fides et ratio** (14 de setembro de 1998): AAS 91 (1999).

Comissão Teológica Internacional, **Em busca de uma nova ética universal: novo olhar sobre a lei natural** (2009). Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20090520_legge-naturale_po.html

Conc. Ecum. Vat. II, Decl. **Dignitatis humanae**. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_po.html

João Paulo II, Carta Enc. **Sollicitudo rei socialis** (30 de dezembro de 1987): AAS 80 (1988).

Catecismo da Igreja Católica. Disponível em: http://www.vatican.va/archive/catechism_po/index_new/prima-pagina-cic_po.html

Paulo VI, Carta Enc. **Populorum progressio** (26 de março de 1967): AAS 59 (1967).

Pontifício Conselho «Justiça e Paz», **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**. Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_po.html

Francisco, *Discurso aos participantes do encontro «Economia de comunhão» promovido pelo Movimento dos Focolares* (4 de fevereiro de 2017): **Osservatore Romano**, 5 de fevereiro de 2017.

Pontifício Conselho «Justiça e Paz», **Nota: Para uma reforma do sistema financeiro e monetário internacional na perspectiva de uma Autoridade pública com competência universal**. Disponível em:

http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20111024_notas_po.html

Mensagem do Papa Paulo VI na Conclusão do Concílio Vaticano II as Governantes. Disponível em: https://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/speeches/1965/documents/hf_p-vi_spe_19651208_epilogo-concilio-governanti.html

João XXIII, Carta Enc. **Pacem in Terris**, Disponível em:

http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html

KANT, Immanuel. **Da paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 1992.

KÜNG, Hans. **Projeto de ética mundial: uma moral ecumênica em vista da sobrevivência humana**. São Paulo: Paulinas, 1993.

SINNER, Rudolf von. “Felizes os que promovem a paz” (Mt 5, 9). A contribuição do ecumenismo para uma cultura da paz. **Encontros Teológicos**, São Leopoldo, v. 20, n. 28, p. 5-20, 2005.

Loisy, Alfred, **La paix des nation et la religion de l’avenir**, Paris, Nourry, 1919.

Loisy, Alfred, **Religion et humanité**, Michigan University, 2006.

KÜNG, Hans. **Para que um ethos mundial?** São Paulo: Loyola, 2005.

KÜNG, Hans; SCHMIDT, Helmut. **Uma ética mundial e responsabilidades globais**. São Paulo: Loyola, 2001.

LIBERTAD RELIGIOSA Y EDUCACIÓN, CAMINO DE PAZ

Pedro Antonio Gonzales Olivera¹

INTRODUCCIÓN

Cuando repique la libertad y la dejemos repicar en cada aldea y en cada caserío, en cada estado y en cada ciudad, podremos acelerar la llegada del día cuando todos los hijos de Dios, negros y blancos, judíos y cristianos, protestantes y católicos, puedan unir sus manos y cantar las palabras del viejo espiritual negro: “¡Libres al fin! ¡Libres al fin! Gracias a Dios omnipotente, ¡somos libres al fin!”. (Martin Luther King. “Yo tengo un sueño” en el Lincoln Memorial en Washington D.C. del 28 de agosto de 1963).

En la última década hemos visto el despertar de la conciencia de las personas en todas partes del mundo sobre la importancia de hacer que los otros (conciudadanos y los Estados) respeten sus derechos fundamentales. Unido a esto, los últimos años diversos movimientos sociales se han levantado exigiendo el reconocimiento de nuevos derechos, lo cual aún sigue en debate.

Este último aspecto, en la mayoría de los casos, ha tenido como trasfondo ideológico la realidad del laicismo, y con este término no me refiero a una sana laicidad, que sabe pide la justa separación de la Iglesia y del Estado, pero reconoce su necesaria colaboración; sino que describe la idea de la total y radical separación entre la

¹ Pedro Antonio Gonzales Olivera es licenciado en Educación en la especialidad en Filosofía y Religión por la Universidad Católica Sedes Sapientiae. Es diplomado en Gestión y Administración Pública. Asimismo, tiene estudios concluidos de maestría en Educación con mención en Políticas y Gestión de la Educación. Actualmente es jefe de prácticas de la Universidad para el Desarrollo Andino (UDEA). Entre las capacidades con las que cuenta están las vinculadas a la reflexión e investigación, comunicación, dirección, liderazgo y trabajo en equipo.

Iglesia – o cualquier manifestación de religiosidad cristiana– y el Estado.

En ese sentido, las voces que escuchamos en nuestras naciones propugnan ideas exportadas de realidades diferentes a las nuestras, realidades que intentan negar la natural religiosidad del ser humano; así, en su lucha laicista, quieren que se retire cualquier aspecto religioso de la vida pública de las personas, lo cual sería casi como pretender que los ciudadanos vayan por el mundo negándose a sí mismos.

Uno de los ámbitos donde el laicismo ha arremetido con mayor fuerza es el ámbito educativo. Se pide que se quite el curso de religión, que el calendario académico borre cualquier rastro de celebración religiosa, que el Estado deje de financiar a instituciones católicas, que los docentes al entrar a las aulas olviden sus creencias religiosas para no “ofender” a quienes no creen en lo mismo. Lo paragógico es que estos ataques tienen como destinatario al cristianismo, no así otras tradiciones religiosas.

De esta manera, la escuela en vez de ser el ámbito donde la persona se forme en el respeto, la tolerancia, el sentido crítico, la toma responsable de decisiones, se convierte en el campo de cultivo para el pensamiento único e intolerante, so pretexto de la incompatibilidad entre un Estado laico y la religión.

1 EL DERECHO UNIVERSAL A LA EDUCACIÓN

Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. [...]

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 26)

Todas las personas tenemos derecho a la educación, tanto porque está consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDDHH) y en las Constituciones Políticas de las naciones; como porque las experiencias de diversos países desarrollados demuestran que si los ciudadanos están bien educados dicha nación alcanzará un desarrollo sostenible, el cual implica un crecimiento económico con retribución social (Ver http://www.ei-ie.org/spa/news/news_details/2069).

Como indica la DUDDHH el fin de la educación es el desarrollo de la personalidad, a lo que podríamos agregar lo que menciona la Constitución Política del Perú en su artículo 13: “La educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana”. Por integral entendemos tanto lo físico e intelectual, como psicológico, afectivo y espiritual.

Es decir, los gobiernos deben asegurar que todos los estudiantes encontrarán en la escuela un espacio propicio para la formación tanto intelectual como espiritual. En el caso del Perú que es un país de población mayoritariamente cristiana, y particularmente católica, el Estado no puede dejar de promover en los colegios el curso de religión, aunque en las últimas décadas haya surgido en diversos países una legislación que pretende eliminar el curso de educación religiosa cambiándolo por uno de ética o valores, lo que cual ha influido para que en el Perú se presenten propuestas para quitar dicho curso.

Por otro lado, debemos mencionar que el derecho a la libertad de enseñanza se comenzó a configurarse bastante después de la Segunda Guerra Mundial pues no figura ni en la Declaración de Derechos de Virginia (1776) ni en la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789 (Ver González del Valle, “La Enseñanza”). A diferencia de estos documentos, es importante resaltar que ya la Constitución de Cádiz de 1812 mencionaba de manera literal la obligación de una instrucción pública y determinó la creación de escuelas de primeras letras en todas las localidades, universidades y otros establecimientos de instrucción (ver Mosquera, 2005). Sin embargo, es la Constitución de la Revolución Francesa la que “representa un hito decisivo en el proceso nacionalizador de la enseñanza, que proseguirá imparable en la práctica totalidad de los Estados nacionales europeos hasta la gran crisis de la II Guerra Mundial” (Rouco, 2013).

Como se mencionó recién después de la Segunda Guerra Mundial se menciona el tema de la educación en una declaración internacional; sin embargo, aún no como un derecho sino como un deber. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre² en su artículo 31 menciona que “Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria”.

Por otro lado, este deber y derecho a la enseñanza (o a educar) recae ante todo en los padres. Además de ello, el Estado y las instituciones a quienes los padres encargan la educación de sus hijos son parte del proceso de enseñanza, pero solo ejerciendo un rol subsidiario. Por ello, el Estado ni otra institución puede decidir por los padres lo que los niños aprenden, so pena de considerarse autoritarios.

En este sentido la Constitución Política del Perú en su artículo 13 afirma que “El Estado reconoce y garantiza la libertad de enseñanza. Los padres de familia tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho de escoger los centros de educación y de participar en el proceso educativo”.

Vemos que la Constitución manifiesta la doble condición de la libertad de enseñanza: derecho y deber. Por su parte Luis Carpio menciona que este artículo debe leerse junto con los artículos 6 (“Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”) y el 17 (“La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias”).

La educación vista como derecho y deber está acompañada de la libertad de enseñanza la cual está garantizada tanto en la Constitución Política del Perú (artículos 13 y 18) como en el artículo 5 de la Ley General de Educación (2003) que afirma que “Los padres de familia, o quienes hagan sus veces, tienen el deber de educar a sus hijos y el derecho a participar en el proceso educativo y a elegir las instituciones en que éstos se educan, de acuerdo con sus convicciones y creencias”.

Esta libertad de enseñanza tiene “como una consecuencia inmediata, el pluralismo escolar y, por tanto, la posibilidad de la creación de centros escolares con ideario carácter propio. La libertad de enseñanza se opone, por tanto, a cualquier sistema de monopolio educativo, ya sea estatal o confesional, y garantiza la coexistencia de

² Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá 1948.

la enseñanza público o privada, así como la enseñanza laica y confesional” (Souto, 1992).

Asimismo, Souto indica que la libertad de educación implica tres elementos: libertad de enseñanza, libertad de cátedra y libertad de formación.

2 EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA

2.1 NECESIDAD DE DEFENDER LA LIBERTAD RELIGIOSA

La proclamación, explícita o tácita, de diversas formas de independencia y libetar, hacían vislumbrar que el siglo XXI sería el siglo de la libertad. Sin embargo, estas proclamaciones han estado acompañadas de legislaciones que penalizan el pensar diferente, que condenan a aquellas personas, haciendo uso de su libertad, no se ajustan a los “estándares” que la sociedad actual intenta imponer. Así, por ejemplo, aquellos que no están de acuerdo con el matrimonio homosexual son etiquetados como homofóbicos.

Y es el respeto a la libertad no puede significar la condena de aquellos que piensen diferente, salvo que este pensamiento implique directamente un acto de violencia.

En este contexto, se enmarca el derecho a la libertad religiosa, origen de todas las libertades. Aunque parezca sorprendente, en pleno siglo XXI siguen existiendo lugares donde las personas son discriminadas, perseguidas y castigados por sus creencias religiosas, principalmente cristianos. Así, se hace urgente buscar los medios necesarios para garantizar que cualquier hombre o mujer pueda profesar libremente y sin temor la fe que haya reconocido como la verdadera.

Se menciona la urgencia de garantizar este derecho pues la libertad religiosa está relacionada directamente con la libertad de conciencia y de pensamiento; es decir, con lo más profundo de la conciencia de las personas, que es el ámbito de donde brota su actuar, donde plantea sus objetivos y proyecta el modo como quiere afrontar la vida en sociedad. En otras palabras, si un Estado quiere realmente procurar el bien común, debe, ante todo, buscar los mecanismos para que se respete la libertad religiosa pues, solo así, logrará que las decisiones libres de unos no afecten, ataquen o

sometan las de otros, de esta manera se producirá el equilibrio social que exige la justicia³.

En la sociedad contemporánea, donde prima lo políticamente correcto, no es fácil abordar el tema de la relación entre el Estado y la religión; sin embargo, si lo que se busca es la vivencia de una paz duradera, es un imperativo que los que dirigen las naciones aborden esta problemática, sin prejuicios, ni temores; para así poder implementar aquellas palabras de Jesucristo en el Evangelio “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios” (Mateo 22, 15-21). Así, se podrá ver que lo que buscan las religiones no es el poder temporal sino la salvación de las almas; por lo tanto, no quiere suplantarla autoridad política estatal.

Si realmente se interpretara correctamente las palabras de Jesús no seríamos testigos de los actos de intolerancia hacia las diferentes tradiciones religiosas y aquellos que las practican; ni se verían manifestaciones de conflicto, violencia o desconfianza hacia los que reconocen públicamente su fe y, en consecuencia, que sus acciones no están separadas de esa fe.

2.2 LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA LEGISLACIÓN

El reconocimiento de la libertad religiosa como un derecho universal lo encontramos en diversas declaraciones y tratados, detallaremos los más significativos y solo mencionaremos otros.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 2, numeral 1 menciona que: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta declaración, sin distinción alguna de [...] religión [...]”. En el artículo 18 señala que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia” y en el artículo 26, numeral 2 dice que “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales;

³ La justicia es “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno su derecho”. (Santo Tomás de Aquino, Suma Teológica, II-IIa, q. 58, a. 1).

favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos [...]”.

En la Convención Americana sobre Derecho Humanos (Pacto de San José) encontramos numerosos artículos que nos hablan sobre este derecho:

- Artículo 1, numeral 1: "Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio de toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de [...] religión [...] o cualquier otra condición social"
- Artículo 12 ("Libertad de conciencia y de religión"): "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o su creencia, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral pública o derechos y libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".
- Artículo 13, numeral 5: "Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra o toda apología del odio [...] religioso que constituyan incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por cualquier motivo, inclusive los de [...] religión [...]".
- Artículo 16, numeral 1: "Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines [...] religiosos [...] o de cualquiera otra índole".
- Artículo 22, numeral 8: "En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de [...] religión [...]".
- Artículo 27, numeral 1 ("Suspensión de garantías"): "1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones [...] no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de [...] religión [...]". 2. "no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: [...] 12 ("Libertad de conciencia y religión")".

Por su parte la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre habla de libertad religiosa en su artículo 3: “Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado”; y en su artículo 22: “Toda persona tiene derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden [...] religioso [...]”

Otras declaraciones son las siguientes:

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en los artículos 2, numeral 1; 4, numeral 1; 18; 20, numeral 2; 24, numeral 1; 26 y 27).
- Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2, numeral 2; 13, numerales 1 y 3).
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (artículo 2, numeral 1)
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (en sus considerando).
- Convención sobre los Derechos del Niño (en el preámbulo y en los artículos 2, numeral 1; 14; 20, numeral 3; 29, numeral 1, y en el 30)
- Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones de la Asamblea de las Naciones Unidas de 1981.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 9 y 14).
- Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 2 sobre el Derecho a la instrucción)
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos en su Declaración y Programa de Acción de Viena (punto A, 22, 25).
- Declaración del Milenio de las Naciones Unidas (punto 4)
- Resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas del 8 de marzo de 2010.
- Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (artículos 2, 8).

La Constitución Política del Perú también aborda este tema cuando menciona que

Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público. (artículo 2°, 3).

Por todo lo mencionado podemos decir que la libertad religiosa implica que los ciudadanos puedan manifestar de manera pública y privada sus creencias, más aún en naciones donde la mayoría de los ciudadanos se identifica con una tradición religiosa.

En este contexto, es importante reconocer el papel fundamental de la Iglesia Católica “en la formación histórica, cultural y moral del Perú” (Constitución Política del Perú, art. 50), además de los grandes aportes en el ámbito educativo y social, con lo cual le ahorra al Estado Peruano una cuantiosa suma de dinero⁴.

Así, podemos señalar como, en 2009, ante una demanda interpuesta por el ciudadano peruano Jorge M. Linares Bustamante contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República donde solicitaba, entre otras cosas, que se retire los símbolos religiosos de la fe católica de las salas judiciales y despachos de magistrados⁵; el Tribunal Constitucional consideró que dichos símbolos religiosos no afectaban la libertad de conciencia o religión pues “[...] si bien en un templo el crucifijo tiene un significado religioso, en un escenario público (como en los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia de un país, a su cultura o tradiciones” (2009)⁶.

⁴ Ver Chávez C. Germán. Apuntes de Investigación. *El aporte social de la Iglesia Católica en el Perú*. IPA, 2009.

⁵ El Sr. Jorge Manuel Linares Bustamante es un ciudadano peruano que en 2009 interpuso una demanda de amparo contra el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, donde solicitaba que retiren los símbolos de la religión católica (la Biblia y el crucifijo) de todas las salas judiciales y despachos de magistrados a nivel nacional, alegando que vulneraban “sus derechos a la igualdad, a no ser discriminado por razón de religión, opinión o de otra índole” (Tribunal Constitucional, 2009). El Tribunal Constitucional del Perú la declaró improcedente “por considerar que el petitorio de la demanda no tiene contenido constitucional directo ni indirecto ni se encuentra en los supuestos de discriminación, limitación o restricción a los derechos de libertad de conciencia y de religión” (Tribunal Constitucional, 2009). Es decir, la presencia de símbolos religiosos como el crucifijo o la Biblia no afectaban la libertad religiosa ni el principio de laicidad del Estado, pues “si bien en un templo el crucifijo tiene un significado religioso, en un escenario público (como en los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia de un país, a su cultura o tradiciones” y la presencia “de un crucifijo o una Biblia en un despacho o tribunal del Poder Judicial no fuerza a nadie a actuar en contra de sus convicciones” (Tribunal Constitucional, 2009).

⁶ Otros casos similares fueron presentados en Tribunales Constitucionales o Cortes como el caso *Lauti contra Italia*, el cual llegó hasta la Corte Europea de Derechos Humanos.

Se reafirma así la importancia de los símbolos cristianos en la sociedad, y sobre todo que la fe católica no se reduce a la práctica religiosa (vida sacramental, oraciones, liturgias, etc.), sino que a partir de ella se camina hacia la construcción de una sociedad más justa y reconciliada donde se vivan los valores trascendentes e inmutables.

Considerando la relevancia que tienen los símbolos religiosos y, además, la importancia de las prácticas religiosas para la mayoría de los peruanos y su influencia en la cultura es fundamental que el Estado peruano tutele el derecho que cada persona tiene expresar sus creencias, sin que esto implique un atentado al Estado laico.

Sobre este aspecto, Santos señala que

en líneas generales, el núcleo de la fundamentación esgrimida en esta sentencia gira en torno a considerar que tales símbolos, más allá del carácter religioso de su origen, que no niega sino antes bien reconoce plenamente, constituyen elementos cuya presencia en diversos ámbitos públicos reviste un carácter histórico y cultural, entendiendo dicha presencia a su vez como una tradición arraigada en la sociedad peruana que se explica por ser la Iglesia Católica un elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, conforme reconoce la Constitución.

Por otro lado, el Estado violaría el derecho a la libertad religiosa cuando: “1) obliga a las personas a practicar una religión que no es la suya; 2) sanciona a las personas que manifiestan su agnosticismo o ateísmo; 3) sanciona a las personas que abandonan la confesión mayoritaria para practicar otra; y 4) obliga a las personas a jurar públicamente (directa o indirectamente) en nombre de una religión que no profesan” (Rodríguez, 2015).

En cambio, una correcta visión de lo que implica la libertad religiosa dentro de un Estado laico significaría que los ciudadanos tengan, sin coacción, amenaza o burla, “1) la facultad de profesar aquella creencia o perspectiva religiosa que por voluntad propia escoja cada persona; 2) la facultad de abstenerse de profesar cualquier tipo de creencia o perspectiva religiosa; 3) La facultad de poder cambiar de creencia o perspectiva religiosa; y 4) La facultad de hacer pública o de guardar reserva sobre la vinculación con una determinada creencia o perspectiva religiosa” (Rodríguez, 2015).

3 EDUCACIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA

Un país que se reconozca a sí mismo como una nación democrática, que promueve la libertad responsable de sus ciudadanos no será tal si limita las prácticas religiosas de los pobladores. Pues como recuerda el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia

Una auténtica democracia no es sólo el resultado de un respeto formal de las reglas, sino que es el fruto de la aceptación convencida de los valores que inspiran los procedimientos democráticos: la dignidad de toda persona humana, el respeto de los derechos del hombre, la asunción del «bien común» como fin y criterio regulador de la vida política. Si no existe un consenso general sobre estos valores, se pierde el significado de la democracia y se compromete su estabilidad. (pág. 222)

Un ámbito privilegiado para que los ciudadanos aprendan a vivir los valores democráticos es la escuela. Como se mencionó antes, la educación debe buscar el desarrollo integral de los ciudadanos, no solo formarlo de manera técnica o práctica, no solo capacitarlos para ingresar a la universidad o para el trabajo, sino ayudarlos a desarrollar sus capacidades para afrontar la vida.

En ese sentido, un aspecto esencial en la vida de las personas es el despliegue de su dimensión trascendente, para lo cual el curso de religión juega un papel fundamental. Así, en el plano educativa es indiscutible el derecho a enseñar y a aprender, y aunque nadie negaría el derecho a la libertad religiosa; en la práctica algunas veces dicha libertad es cuestionada en nombre de un cierto laicismo que, al parecer, sigue desconfiando y teme que se use la educación pública para “adoctrinar” a los estudiantes “favor de algún credo o confesión religiosa; cuando en realidad de lo que se trata es de cumplir con la finalidad de la educación que es contribuir al desarrollo integral de la persona humana, especialmente en lo que tiene que ver con su dimensión trascendente”. (Gentile)

Por lo tanto, debemos afirmar que la enseñanza de la religión en las escuelas es un derecho que el Estado debe cuidar y promover. Esta educación religiosa se dará acorde a lo que los padres de familia reconozcan como su profesión de fe, pues, como mencionamos anteriormente, a ellos les corresponde decidir por el tipo de educación que recibirán sus hijos.

Así que el Estado promueva el curso de religión no atenta contra el Estado laico pues como afirma la Ley de Libertad Religiosa del Perú toda persona debe “Recibir asistencia religiosa por su confesión” (numeral c.) y que puede “Elegir para sí o para los menores o los incapaces sujetos a su patria potestad, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (numeral d.). Es decir, el Estado debe garantizar que los estudiantes reciban la asistencia religiosa que elijan los padres. Por su parte, el Reglamento de la Ley General de Educación en el art. 25 señala que “Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión conforme con los derechos de sus padres o tutores”.

Con esto podemos afirmar que los padres de familia deben exigir al Estado que respete su compromiso por la enseñanza de la educación religiosa.

4 UNIVERSIDAD PARA EL DESARROLLO ANDINO (UDEA): DIÁLOGO ENTRE CIENCIA Y FE

La universidad es el espacio donde los jóvenes pueden encontrar un punto de referencia para su vida en medio de una sociedad inestable, “líquida” y quebradiza (ver Bauman, 2016). “En efecto, la Universidad ha sido, y está llamada a ser siempre, la casa donde se busca la verdad propia de la persona humana” (Benedicto XVI, 2011).

Por ello, no es casualidad que fuera la Iglesia quien promoviera la institución universitaria, pues la fe cristiana nos habla de Cristo como el Logos por quien todo fue hecho (cf. Jn1,3), y del ser humano creado a imagen y semejanza de Dios. Esta buena noticia descubre una racionalidad en todo lo creado y contempla al hombre como una criatura que participa y puede llegar a reconocer esa racionalidad. La Universidad encarna, pues, un ideal que no debe desvirtuarse ni por ideologías cerradas al diálogo racional, ni por servilismos a una lógica utilitarista de simple mercado, que ve al hombre como mero consumidor.

Por ello, es importante recordar que los docentes universitarios en la actualidad pareciera que solo son capacitadores o facilitadores que ayudan a los estudiantes a ser profesionales

competentes para desarrollarse en una sociedad de la eficacia, que tiene una base utilitarista. Sin embargo, su auténtica misión es la de ser colaboradores de la verdad, la de despertar en los estudiantes el amor por el conocimiento. Como recuerda Benedicto XVI los profesores universitarios tienen “el honor y la responsabilidad de transmitir ese ideal universitario: un ideal que habéis recibido de vuestros mayores, muchos de ellos humildes seguidores del Evangelio y que en cuanto tales se han convertido en gigantes del espíritu [...] Con ellos nos sentimos unidos a esa cadena de hombres y mujeres que se han entregado a proponer y acreditar la fe ante la inteligencia de los hombres” (2011).

Y el modo de hacerlo no solo es enseñarlo, sino vivirlo, encarnarlo, como también el Logos se encarnó para poner su morada entre nosotros. En este sentido, los jóvenes necesitan auténticos maestros; personas abiertas a la verdad total en las diferentes ramas del saber, sabiendo escuchar y viviendo en su propio interior ese diálogo interdisciplinar; personas convencidas, sobre todo, de la capacidad humana de avanzar en el camino hacia la verdad.

Como recuerda Bauman el reto de la educación en medio de la sociedad moderna es afrontar atender el ansia que tiene la persona de “cosas” duraderas, eternas, frente a la contante de nuestra sociedad que solo ofrece aspectos pasajeros, que se escurren de las manos y que, por lo tanto, no implican una verdad permanente sino verdades particulares y pasajeras. Esto vuelve al ser humano en una persona temerosa e insegura. (Ver Bauman, 2009)

Este ideal ha sido emprendido por la UDEA que, sin ser oficialmente una universidad católica, en su ideario ha acogido los valores cristianos, los cuales no se oponen a la visión científica que como universidad tiene, sino que, por el contrario, se complementa.

Ubicada en una de las regiones más pobres del Perú, la Universidad para el Desarrollo Andino busca colaborar no solo con el desarrollo material de la comunidad donde se encuentra sino, y sobre todo, con el desarrollo humanista de los pobladores de Lircay⁷. Así lo indica sus Estatutos cuando menciona que es uno de sus principios es “la búsqueda de la verdad, la afirmación de elevados valores

⁷ Es uno de los doce distritos de la provincia de Angaraes, ubicada en el Departamento de Huancavelica.

éticos y el servicio a la comunidad para su perfeccionamiento y desarrollo”.

Como explica en su visión y misión, la Universidad busca el “desarrollo de la persona y la comunidad, en el respeto de las distintas identidades, en la excelencia humana y académica, así como en la relevancia de la investigación y las propuestas sociales”, teniendo como premisa el “desarrollo integral de la persona a través de la formación humanista y científica” (UDEA).

La UDEA es un espacio de diálogo constante tanto a nivel cultural como religioso. En el primer aspecto porque al ser una universidad intercultural bilingüe se busca revalorar las costumbres tradicionales de la localidad, en particular el idioma quechua. En cuanto a lo religioso, al haber sido fundada por la Madre Luz María Álvarez Calderón Fernandini, los cursos de formación general tienen (filosofía, ética, teología, moral, entre otros) tienen un trasfondo católico; sin embargo, la comunidad universitaria está conformada por personas de diferentes credos. En medio de esta diversidad de creencias y costumbres, la universidad es realmente un ejemplo de diálogo y tolerancia, y de que ciencia y fe no tienen un motivo para estar separadas.

CONCLUSIONES

Finalmente debemos decir que la educación es un derecho fundamental de todo ser humano, el cual está unido al derecho a la libertad religiosa, pues este último implica respeto, tolerancia, aceptación del otro en medio de la diferencia (de creencias) y la educación es el espacio donde se puede enseñar a vivir estos valores.

Los Estados deben promover la enseñanza de la educación religiosa sin temor a ser catalogados como “confesionales” u opuestos al estado laico, pues es un derecho de los niños ser educados en la fe de sus padres (o en la que sus padres elijan). En el caso del Perú, la mayoría de los ciudadanos son católicos, por lo tanto, el curso de educación religiosa católica no atenta contra la libertad religiosa de los que tienen otras profesiones de fe.

La universidad es un espacio no solo para la formación técnica sino para el descubrimiento de la verdad, entendida como el Logos. En ese sentido, una universidad que persiga el ideal de ser

Universitas, no debe limitarse a transmitir conocimientos técnicos sino que debe formar personas de manera integral, sumando a los aspectos científicos y tecnológicos los humanistas y espirituales.

La Universidad para el Desarrollo Andino se ha comprometido con este ideal. Así, todos los colaboradores que trabajan en la universidad entienden la misión que tienen para ayudar a que los estudiantes, y a toda la comunidad donde se encuentra ubicada, no es solo trazar el camino para salir de la pobreza material sino, sobre todo, de la pobreza espiritual que muchas veces es mayor.

REFERENCIAS

- Bauman, Z. (2009). *Retos de la Educación en la Modernidad Líquida*. Colombia: Gedisa
- Bauman, Z. (2016). *Modernidad Líquida*. España: Fondo de Cultura Económica.
- Benedicto XVI (2011). Discurso en el Encuentro con los jóvenes profesores universitarios en la Basílica de San Lorenzo de El Escorial. Recuperado el 31 de julio de 2018 de https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2011/august/documents/hf_ben-xvi_spe_20110819_docenti-el-escorial.html
- Carpio Sardón, Luis A (1999). *La libertad religiosa en el Perú*. Derecho Eclesiástico del Estado. Piura: Universidad de Piura.
- Constitución Política del Perú. Recuperado el 19 de julio de 2018 de Congreso de la República: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
- Chávez C. Germán (2009). *Apuntes de Investigación. El aporte social de la Iglesia Católica en el Perú*. Cusco: IPA.
- Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia (2005). Lima: Paulinas
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Recuperado de OEA el 25 de julio de 2018: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Gentile, Jorge. *La libertad religiosa en la educación*. Recuperado el 24 de julio de 2018 de Profesor Gentile: <http://www.profesorgentile.com/n/la-libertad-religiosa-en-la-educacion.html>
- González, J. M^a (2011). *La Enseñanza*. En Ferrer, J. (Coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*. Pamplona: EUNSA.
- Ley de Libertad Religiosa N°29635. Recuperado el 27 de julio de 2018 de: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29635.pdf>
- Ley General de Educación N° 28044. Recuperado el 25 de julio de 2018 de MINEDU: http://www.minedu.gob.pe/p/ley_general_de_educacion_28044.pdf

Rodríguez C., Rafael (23 de julio de 2015). El Derecho a la libertad religiosa en la Constitución Política del Perú. La República. Recuperado el 23 de julio de 2018 de <https://larepublica.pe/politica/17441-el-derecho-la-libertad-religiosa-en-la-constitucion-politica-del-peru>

Rouco V, A. M^a (2013). El derecho a la educación ¿de nuevo en debate?, en: *Ius Communionis*, vol. I, cuaderno 2, pág. 187. Madrid: Universidad San Dámaso.

Mosquera M, Susana (2005). El Derecho de Libertad de Conciencia y de Religión en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Lima: Universidad de Piura.

Reglamento de la Ley General de Educación 28044. Recuperado de MINEDU el 29 de julio de 2018 de <http://www.minedu.gob.pe/comunicado/pdf/normativa-2018/ley-28044/ds-011-2012-24-11-2017.pdf>

Santos L., Carlos (n). Laicidad, símbolos religiosos e Instituciones públicas. A propósito de una reciente sentencia del Tribunal Constitucional peruano. Página 1-22 en: http://www.imdee.com/descargas/archivos/04_11_55_844.pdf

Souto Paz, J. (1992). Derecho Eclesiástico del Estado: El derecho a la libertad de ideas y creencias. Madrid: Edit. Marcial Pons.

UNESCO, UNICEF (2008). Aprender a vivir juntos. Un programa intercultural e interreligioso para la educación ética. Recuperado el 20 de julio de 2018 de UNESCO <http://unesdoc.unesco.org/images/0016/001610/161061s.pdf>

Universidad para el Desarrollo Andino. Estatuto. Recuperado el 28 de julio de 2018 de <https://www.udea.edu.pe/wp-content/uploads/2018/03/ESTATUTOS-UDEA.pdf>

Universidad para el Desarrollo Andino. Misión. Recuperado el 31 de julio de 2018 de <https://www.udea.edu.pe/acerca-de-udea/mision/>

Universidad para el Desarrollo Andino. Visión. Recuperado el 31 de julio de 2018 de <https://www.udea.edu.pe/vision/>

EDUCAÇÃO:

ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Fernanda Mendes Sales Alves¹

Ana Flávia de Andrade Nogueira Castilho²

INTRODUÇÃO

A educação como instrumento de desenvolvimento das faculdades humanas e elemento de ordenamento da sociedade, deve ser pensada do ponto de vista dialético, de emancipação e autonomia do ser social, capaz de transformar a si próprio e o mundo que o cerca. Aliada fundamental do progresso humano e social, a educação deve ser conduzida nos ditamos éticos, morais, sociais e humanos, para que não represente ameaça e o fim da própria espécie.

Tem-se que a educação é um instrumento capaz de conduzir ao progresso humano e social, assumindo uma postura crítica frente a qualquer prática que atende a sua promoção, justificando a satisfação dos direitos fundamentais como fio condutor de igualdade e justiça, principalmente na construção de uma sociedade mais harmônica.

Nesse viés, o objetivo deste trabalho é suscitar a reflexão em torno da temática suscitada, tão cara ao povo brasileiro, há tempos negligenciada pelos governos, enfatizando seu caráter humano fundamental e social, os aspectos formais, quando indicados

¹ Mestranda em Direito na área de concentração Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Pesquisadora da temática “Segurança Pública: à luz da cidadania e do controle social”. Integrante do grupo de pesquisa INPP – Intervenção do Poder Público na Vida da Pessoa – UNIVEM. Monitora de Direito Constitucional III. Advogada.

² Mestra em Direito – UNIVEM Marília SP. Pós-graduanda em Psicologia Jurídica – USC Bauru SP. Pós-graduada em Direito Tributário - LEGALE São Paulo SP. Advogada e Conciliadora.

expressamente pela Constituição Federal de 1988, e materiais, sem os quais a espécie humana não viveria, ou viveria sem dignidade.

A abordagem de pesquisa empregada foi a qualitativa, com análise crítica a partir de leituras temáticas. O método de pesquisa utilizado foi o hipotético-dedutivo assentando a problemática no direcionamento da educação para fins mercadológicos e não para melhoria humana e social dedutivo. No mais, considerou-se apontamentos sem a intenção de esgotamento do tema estudado.

1 EDUCAÇÃO - CONSIDERAÇÕES GERAIS

A educação é uma atividade humana presente em todos os agrupamentos sociais, dos simples aos complexos, cujo objetivo consiste no desenvolvimento de aptidões técnicas, intelectuais e/ou científicas, realizada pela pessoa humana, instrumento por meio do qual são transferidas entre gerações as tradições, valores e símbolos que justificam e mantêm sua própria existência, além dos conhecimentos, de natureza técnica e acadêmica, relativos ao progresso e ao desenvolvimento social (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2017).

De origem latina *educare*³, a educação significa o ato criador, de orientar, nutrir, decidir. Filosoficamente, é o *conhecimento que traz à luz a ideia*, é passagem da potência ao ato, da virtualidade à realidade (TEIXEIRA, 2016). Para Calleja (2008, p. 109), é uma “ação humana de desenvolvimento⁴ das faculdades físicas, morais e intelectuais da pessoa”, com o propósito de capacitá-las de maneira integral, consciente e eficaz, que lhes permitam a apreensão dos conteúdos adquiridos, agregando valor social útil à coletividade.

³ O termo *educare*, é empregado, no Direito Civil, para indicar a ação de instruir e desenvolver as faculdades físicas, morais e intelectuais de uma criança ou mesmo de qualquer ser humano. Nesta razão, a educação não possui somente o sentido estrito de ação de ensinar ou de instruir, no conceito intelectual. Abrange toda e qualquer espécie de educação: física, moral e intelectual, consistindo, assim, em se ministrar lições que possam influir na formação intelectual, moral ou física da pessoa, a fim de prepará-la como é de mister, para ser útil à coletividade.

⁴ Para Delors (2010), esse desenvolvimento tem por objeto a realização completa do homem, em toda a sua riqueza e na complexidade das suas expressões e dos seus compromissos: indivíduo, membro de uma família e de uma coletividade, cidadão e produtor, inventor de técnicas e criador de sonhos.

Anthony Giddens e Philip W. Sutton,⁵ citado por Teixeira (2010, p. 13) entendem que a educação é uma “instituição social que promove e viabiliza a transmissão de conhecimento e habilidades de uma geração para a outra, quase sempre por meio do ensino compulsório”.

Delors (2000, p. 89-102), ao trabalhar o Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI, expõe com propriedade a construção dos quatro pilares da educação, na obra *Educação: um tesouro a descobrir*⁶, como princípios norteadores da educação para o futuro, os quais serão aplicados no processo ensino-aprendizagem, visando “ampliar as possibilidades oferecidas às pessoas”, ao longo da vida. Nos quatro pilares da educação – *aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver juntos*, aprender a viver com os outros, e *aprender a ser* – o autor propõe novos paradigmas de atuação profissional e educativa, pautada pela construção dos valores humanos, no exercício da cidadania e, principalmente, instrumento de emancipação e autonomia da pessoa.

Historicamente, a humanidade clamou pelo reconhecimento do direito de viver com segurança e dignidade, uma “busca humana de nos tornamos cada vez mais humanos” (VIOLA, 2018).

A educação é um direito humano⁷ fundamental⁸, assim, estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹. A partir da

⁵ GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. *Conceitos Essenciais da Sociologia*. São Paulo: UNESP, 2015, p. 127.

⁶ *Educação: um tesouro a descobrir*. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI. Título original: *Learning: the treasure within; report to UNESCO of the International Commission on Education for the Twenty-first Century* (highlighgts). Paris: UNESCO, 1996.

⁷ Art. 26. Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. [...]. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do ser humano e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

⁸ Na idade média, perante a concentração da terra nas mãos de poucos, perante as epidemias de fome e de doenças, se constituiu o direito humano da rebelião contra a injustiça, contra as desigualdades. Na idade moderna, com o absolutismo europeu, especificamente, na França absolutista, a riqueza era concentrada nas mãos de poucos, 5% da população detinha 70% da renda nacional francesa. Os reis eram as leis, e definiam as políticas, por exemplo, Luís XIV, de França, dizia: eu sou a Lei. Num cenário de epidemias de fome e falta de liberdade, o povo

década de 1980, com o processo de globalização e o acirramento da exclusão social, que deixou parte significativa da população à margem da sociedade, o Estado, para amenizar as diferenças econômicas e sociais, reconhece a igualdade material aos cidadãos. Todos são iguais perante a lei. De nada valeria a liberdade sem condições mínimas de vida e existência, como: saúde, educação, moradia, entre outros. Para Santos (2014, p. 53), essa igualdade também é o “caminho da educação para a vida”. A Constituição de 1988, que a educação é um direito social¹⁰, ao lado dos demais direitos de segunda dimensão¹¹ (BONAVIDES, 2011, p. 564).

Para Rogers citado por Dupas (1998, 122), “a exclusão social é em sua essência multidimensional, incluindo não só a falta de acesso a bens e serviços, mas também a bens e serviços públicos decentes, segurança, justiça, cidadania”, ou seja, está intimamente ligada às desigualdades sociais, econômicas, culturais e políticas. De tal sorte que a Constituição postulou, em seu bojo, a educação como um direito reservado a todos¹² os cidadãos brasileiros, cabendo ao Estado sua promoção e execução, por meio de políticas públicas de educação, visando ao pleno desenvolvimento, social, intelectual e profissional do indivíduo, postulou a educação como instrumento de exercício da cidadania¹³ e de preparação para o mercado de trabalho.

Para Sanches (2010, p. 192), “esses são fundamentos que pretendem tonar os cidadãos seres autônomos, com condições para

francês, proclamou, pela primeira, por seus direitos, baseados nos princípios fundamentais da Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade, essenciais à condição humana de pensar, manifestar o pensamento, viver e congrega-se com o semelhante, constituir com o semelhante uma cadeia de pensamento, uma relação de ideias, um debate permanente sobre aquilo que é fundamental.

⁹ Dentro de uma sociedade pautada nos direitos humanos é preciso que o direito subjetivo venha acompanhado da *educação* para a valorização e respeito à vida humana.

¹⁰ Art. 6º, CF/1988. São direitos sociais a educação [...].

¹¹ Os direitos fundamentais de segunda dimensão constituem-se em direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal do século XX. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembra-los da razão de ser que os ampara e estimula.

¹² Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

¹³ A cidadania é inclusão de direitos de proteção do cidadão contra o arbítrio do Estado, relacionados à proteção social estendido à própria condição de cidadão.

a plena atuação social, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e solidária”. Sua previsibilidade como direito fundamental social¹⁴ é caracterizado pelos aspectos formais, quando indicados expressamente na Constituição e matérias, aqueles sem os quais a espécie humana não viveria, ou viveria sem dignidade. A dignidade da pessoa humana é o alicerce do Estado Democrático de Direito¹⁵.

Asseveram Pozzoli e Silva (2015, p. 998), que a dignidade da pessoa humana, “assegura ao indivíduo uma convivência harmônica e igualitária para com seus pares, numa situação de respeito mútuo e tratamento fraterno”. A vida é o bem mais precioso que o ser humano possui, sem ela, as demais formas de educação seriam quase sem utilidade (SANTOS, 2014, p. 56)¹⁶.

Diante de um cenário mundial de “pós - segunda guerra”, que cegava a humanidade e trazia desespero e desolação - o princípio da dignidade da pessoa humana -, ganhou contornos conceituais e foi proclamado pela ONU, em 1948, afirmando seus valores supremos no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como necessários à “proteção dos direitos humanos pela imperiosidade da Lei, objetivando o advento” de um mundo onde todos tivessem o mínimo necessário para uma existência digna e liberdade de pensar, falar, viver, e agir (POZZOLI; SILVA, 2015, p. 998). Os direitos fundamentais são “o conjunto de direitos estabelecidos por determinada comunidade política organizada, com o objetivo de satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade e a fraternidade” (BERNARDES, FERREIRA, 2018, p. 37), cujo condão é o de equilibrar a relação de desigualdade entre o cidadão e o Estado e alcançar a tão almejada justiça social.

¹⁴ Art. 6º, da CF/1988. Os direitos sociais de segunda dimensão têm o condão de equilibrar a relação – indivíduo e Estado – para alcançar a tão almejada justiça social.

¹⁵ Art. 1º, inciso III, da CF/1988. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento: [...] a dignidade da pessoa humana.

¹⁶ [...] A educação para a vida, uma educação para a valorização, o respeito e a promoção da dignidade da vida humana, não pode ser uma educação para combater apenas uma época de barbárie, [...] ou uma época de alienação social e de guerras. Ela tem que ser uma política e uma ação permanente, que se colocada em prática, haverá mais harmonia social, redução do nível de barbárie, de violência e de opressão sofridos pelo ser humano.

Neste sentido, importante contribuição traz à construção do conhecimento, os estudos versando sobre Ensino Jurídico - demandas contemporâneas, realizado pela Professora Doutora Raquel Ferraroni Sanches (2010, p. 191), que observam que ao longo do tempo “com os novos modelos de democratização, os Direitos Sociais, especialmente, a educação, passam a ocupar espaço de destaque para que se concretizem ideais de justiça e de qualidade de vida”¹⁷.

Neste limiar, compreende-se que a educação como ferramenta a serviço da humanidade para sua própria conservação, manutenção e saberes evolutivos, deve ser conduzida nos preceitos humanísticos da dignidade da pessoa humana e da fraternidade, sem os quais, não haveria razão a existência, alicerces fundamentais para uma sociedade saudável, justa e igualitária.

1.1 EDUCAÇÃO INCLUSIVA

A educação inclusiva se refere à inclusão de pessoas com deficiências ou marginalizadas nas escolas públicas ou privadas, para que recebam a educação que lhes são de direito e se desenvolvam junto à sociedade em que vivem. Os indivíduos que alimentam as disparidades educacionais são pertencentes aos grupos de pessoas pobres, “os meninos e meninas de rua ou trabalhadores, as populações de periferia e zonas rurais, os povos indígenas, as minorias étnicas, raciais e linguísticas, os refugiados, os alunos com necessidades educativas especiais” (SAMPAIO; SAMPAIO, 2009, p.29).

As rupturas dos vínculos sociais podem ser representadas por outras condições, como leciona Sampaio e Sampaio (2009, p.29), por pessoas idosas, deficientes, desadaptados sociais, minorias étnicas ou de cor, desempregados de longa duração e jovens impossibilitados de aceder ao mercado de trabalho. Outro fator preocupante é a discriminação da própria sociedade que tende a

¹⁷ Sob a perspectiva humanista, a educação assume, então, a atribuição de promover a inclusão democrática dos cidadãos nos ambientes escolares, permitindo, assim, a construção de nova consciência de justiça e igualdade. Esse movimento, mais reflexivo sobre a condição e qualidade de vida dos cidadãos e a busca pelo equilíbrio das relações sociais, tem na educação o fiel da balança. (SANCHES, 2010, p.191).

afastar os estes grupos dos centros de convivências, alocando-os à marginalização social.

A propriedade deste estudo aduz principalmente sobre as dificuldades que encontram crianças, adolescentes e adultos portadores de deficiências que afetam seu desenvolvimento intelectual, de ingressarem no sistema educacional brasileiro desestruturado e despreparado para recebê-los ou quando estes os integram, não dispõe de habilidade intelectual necessária para acompanhar o homem médio. Encontra-se muitos desafios para a implementação da inclusão destes cidadãos na escola.

A política de educação inclusiva vem ganhando espaço no Brasil e em diversos países¹⁸ desde a década de 90, quando foi elaborada a Declaração Mundial sobre Educação para Todos (1990), a Declaração de Salamanca (1994) e a Declaração da Guatemala (1999) (FIGUEREDO et al, 2011, p.190). “O Brasil reafirmou o compromisso, expresso na Declaração Mundial sobre Educação para Todos, ao se tornar signatário da Declaração de Salamanca, dando visibilidade às questões relativas à inclusão e à exclusão na educação”. (FIGUEREDO et al, 2011, p.190).

A Declaração Mundial sobre Educação para Todos dispõe em seu artigo 3, intitulado com a afirmativa de “universalizar o acesso à educação e promover a equidade”, no item 4 e 5 do texto, onde assevera que “um compromisso efetivo para superar as disparidades educacionais deve ser assumido. Os grupos excluídos [...] não devem sofrer qualquer tipo de discriminação no acesso às oportunidades educacionais”; no item 5 determina que “é preciso tomar medidas que garantam a igualdade de acesso à educação aos portadores de todo e qualquer tipo de deficiência, como parte integrante do sistema educativo”. (UNESCO, 1998, p. 4).

Infelizmente, somente oferecer o ensino gratuito não é o suficiente para fornecer às crianças, adolescentes e adultos, portadoras de alguma deficiência, garantia de acesso à educação. Fatores como a miséria, a falta de tratamento adequado e discriminação sofrida por eles afastam-nos do cotidiano escolar, o que, também, tira-lhes um direito social – a educação.

¹⁸ Espanha (Cool, Palacios e Marchesi, 1995), EUA, Canadá, Austrália, Itália, Inglaterra (Stainback e Stainback, 1999), Chile, Moçambique e Angola. (CROCHÍK, 2002, p.279, citado por SAMPAIO; SAMPAIO, 2009, p.31)

É compreensível a existência de dificuldades para ensinar portadores de deficiências, independentemente de seu grau de comprometimento intelectual, porém não se pode acomodar a ideia de que as escolas dão conta de seus fins e o fato de obter sucesso acadêmico ou não depende exclusivamente do educando (FIGUEIREDO et al, 2011, p. 191).

Figueiredo et al (2011, p.191) interpretam que a inserção do aluno deve ser mais radical, completa e sistemática, e tais fatores se conseguiria com uma escola adaptada às particularidades dos alunos, ou seja, indica-se a “necessidade de mudanças no currículo, na cultura organizacional da escola, nos modos de conceber e avaliar o ensino e a aprendizagem e, especialmente, nos modos de compreender e se relacionar com a diferença e a diversidade humanas”.

2 DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como "o conjunto de direitos estabelecidos por determinada comunidade política organizada com o objetivo de satisfazer ideais ligados à dignidade da pessoa humana, sobretudo a liberdade, a igualdade e a fraternidade". (BERNARDES; FERREIRA, p. 23, 2018).

Trazida no texto constitucional como um direito fundamental social, o direito a educação tem sua disposição geral no artigo 6º, caput, da CF/88 e disposição específica entre os artigos 205 e 214 da mesma norma.

Dispõem o artigo 205 da CF/88, que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O pleno desenvolvimento da pessoa pode ser compreendido como o desenvolvimento social, intelectual e pessoal do ser humano. Esse desenvolvimento fica prejudicado para os deficientes intelectuais de acordo com o seu grau de comprometimento. É compreensível a limitação de cada indivíduo e as dificuldades de interferência de outros indivíduos para garantir-lhe o pleno desenvolvimento. A família desempenha um papel essencial na

formação da pessoa, porém a colaboração da sociedade do meio à qual está inserido tem efeitos relevantes para tal objetivo.

Neste sentido, a preparação dos alunos para exercer seus direitos e a qualificação destes para ingressar no mercado de trabalho são as metas a serem alcançadas pelo processo educacional, pela família e pela sociedade. O artigo 206 da CF/88 relaciona os princípios constitucionais de ensino a fim de alcançar os objetivos da educação, quais seja a igualdade de condições; liberdade de aprendizado; gratuidade do ensino; valorização dos profissionais da educação; gestão democrática; garantia de padrão de qualidade, e por fim o piso salarial para os profissionais da educação.

Dentre aos princípios do ensino supracitados encontra-se a igualdade de condições para acesso e permanência na escola. Esse dispositivo constitucional encontra barreiras para ser concretizados em regiões brasileiras de realidade miserável, bem como, na condição da pobreza em geral que obriga crianças e adolescentes a trabalharem ou, ainda a condução destes à uso e vendas de drogas, abandonando à escola ou nem mesmo chegando a ela.

O Estado tem como dever garantir a educação para todos, promovendo um atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, conforme estabelece o artigo 208, III da Constituição Federal, porém não é possível concretizar de fato esse dispositivo. Além dos exemplos já citados pode-se falar das crianças deficientes, como os deficientes intelectuais. Observa-se que chegar a uma escola ou faculdade não é, muitas das vezes, o obstáculo para que o ser humano exerça o seu direito de acesso à educação, o obstáculo está em sua situação de baixo desenvolvimento intelectual somado com as barreiras externas que irá encontrar na busca de desenvolver-se, como impaciência, abandono do educador e colegas, discriminação, depressão, pensamentos de incompetência e falta de apoio familiar.

Nesta seara, o Estado vem estipulando meios de fornecer um atendimento especial para os deficientes de forma que estes possam ter um acompanhamento em suas atividades. A política que vem tentando ser instalada no âmbito educacional é de mudança no que se refere ao modo de avaliação e aprendizagem, onde as escolas consigam mudar as atitudes de discriminação e assim se tornarem mais acolhedoras, vislumbrando a permanência de alunos com deficiências intelectuais nas escolas.

Em vista disso, é necessário oferecer uma educação inclusiva, especialmente, à inclusão de pessoas com deficiências nas escolas públicas ou privadas para que estes recebam uma educação que lhes são de direito e com qualidade, a fim de desenvolverem junto à sociedade sem qualquer discriminação.

Isto porque, o direito à igualdade é fundamental no que diz respeito às pessoas com deficiência, onde consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Isto é, proporcionar um atendimento especial aos deficientes no âmbito escolar para que estes possam acompanhar os demais alunos na aprendizagem.

Sendo assim, a pessoa com deficiência tem o direito ao acesso à educação e, além disso, de não ser excluída do ambiente escolar em razão da sua deficiência e em caso de houver recusa deste aluno pela escola pública ou privada esta conduta será considerada como crime conforme estabelece o artigo 8º, I, da lei federal nº 7.853/89.¹⁹

Contudo, a educação é um direito fundamental e que vem sendo trabalhada com prioridade pelos governos atuais, porém em relação a educação inclusiva, ainda há obstáculos para a sua efetuação, devido a desestrutura e o despreparo do sistema educacional brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo pautou-se pela reflexão da educação como instrumento de emancipação e autonomia do ser social, capaz de construir um raciocínio crítico e questionador do meio que o cerca. Consagrada pelo texto constitucional brasileiro e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a educação é um direito humano fundamental, cuja missão é ressignificar os diferentes saberes evolutivo e contribuir para o desenvolvimento da pessoa em sua plenitude.

Nesta razão, a educação deve existir para humanizar as pessoas. Não o contrário. Sua beleza consiste no processo educativo e na possibilidade de desenvolver, por meio do diálogo e da reflexão,

¹⁹ Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência Intelectual. "Direito à educação. p. 12.

peessoas com o espírito de paz para uma sociedade mais harmônica. Todavia, é de fundamental importância, para entender o contexto da educação brasileira, ir às raízes do problema, de uma sociedade excludente e desigual, que há séculos tem negado o direito de igualdade de oportunidade a uma parcela significativa da sociedade, principalmente, de acesso ao mínimo necessário para uma existência digna. A partir, daí, vislumbrar possibilidades concretas e efetivas de se poder mudar alguma coisa na sociedade e, conseqüentemente, buscar as transformações que almejamos.

Não temos no Brasil, uma cultura política voltada à justiça social como base norteadora de políticas públicas, principalmente, concernente à educação, cuja qualidade de tão baixa que é, contribui reforçando os símbolos de pobreza e desigualdade social. As políticas públicas neste sentido são pontuais e assistencialistas, como forma de vinculação do governo ao jogo eleitoral.

Neste sentido, é tarefa angustiante e até utópica pensar a educação como instrumento de construção de uma sociedade melhor, quando, quem tem legitimidade política para a gestão de políticas públicas direcionadas à educação, faz para contingenciamento mercadológico, cujas ações mais estigmatizam o sujeito do que lhe conferem autonomia e dignidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Direito Constitucional Positivo. **Direitos Fundamentais em espécie**. 2018. Disponível em:

<<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/deed536224d3508fbced9cc99ce0d393.pdf>>. Acesso em: 12 de mai. 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Antônio Luiz de Toledo Pinto; Marcia Cristina Vaz dos Santos; Windt e Livia Céspedes. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei** nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Dispõe sobre: Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

BRASIL. **Lei** 7.853, de 24 de novembro de 1989.

BRASIL. **Decreto** nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo, 2011.

CALLEJA, José Manuel Ruiz. **O professor deste século. Algumas reflexões**. Revista Institucional Universidad Tecnológica del Chocó: Investigación, Biodiversidad y Desarrollo 2008; 27. 1. P. 109 - 127. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2705047.pdf>>. Acesso em: 12 de mai. de 2018.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIRETOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 de dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 07 de mai. de 2018.

DELORS, Jacques. **Educação: um tesouro a descobrir**. 4. Ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: MEC: UNESCO, 2000.

DUPAS, Gilberto. **A lógica da economia global e a exclusão social**. Estud. Av. vol. 12 n. 34. São Paulo, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141998000300019>. Acesso em: 11 de mai. de 2018.

FIGUEIREDO, AC., et al. **Acessibilidade e vida universitária: pontuações sobre a educação inclusiva**. In: SAMPAIO, SMR., org. Observatório da vida estudantil: primeiros estudos [online]. Salvador: EDUFBA, 2011, pp. 187-207. ISBN 978-85-232-1211-7. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

POZZOLI, Lafayette; SILVA, Paulo Alessandro Padilha de Oliveira. **Dignidade da Pessoa Humana e Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho – Paradigmas atuais**. In: 1º. SIMPÓSIO: CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO, 11 e 12, 2015. Revista Eletrônica do Direito, v. 1. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/1simposioconst>>. Acesso em: 12 de mai. 2018.

RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz. **Cidade e cidadania: inclusão urbana e justiça social**. Ciência e cultura. [online]. São Paulo, v. 56, n. 2, 2010. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252004000200020&script=sci_arttext>. Acesso em: 12 de mai. 2018.

SAMPAIO, Cristiane T. SAMPAIO, Sônia Maria R.. **Educação inclusiva: o professor mediando para a vida**. - Salvador : EDUFBA, 2009. Disponível em: <<books.scielo.org/id/3hs/pdf/sampaio-9788523209155.pdf>>. Acesso em: 12 de agosto de 2016.

SANCHES, Raquel Cristina Ferraroni. **Ensino jurídico: demandas contemporâneas**. Gramática dos direitos fundamentais: a Constituição Federal de 1988, 20 anos depois. Coordenadores: Edinilson Donisete Machado, Norma Sueli Padilha, Thereza Christina Nahas. Rio de Janeiro, 2010.

SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette. **Direito e Educação: a fraternidade em ação: uma abordagem interdisciplinar**. Org. Ivanaldo Santos, Lafayette Pozzoli. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

TEIXEIRA, Maria Cristina. **Educação para a Cidadania, Fundamento do Estado Democrático de Direito**. Disponível em:

<<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19832/2/Maria%20Cristina%20Teixeira.pdf>>. Acesso em: 08 de mai. 2018.

VIOLA, Solon. **Educação em Direitos Humanos**. Origem Histórica dos Direitos Humanos. Ética, Valores e Cidadania na Escola. Disponível em: <<http://eaulas.usp.br/portal/video.action?idItem=764>>. Acesso: 11 de mai. 2018.

ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina. **O direito social à educação**. 2017. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/RFD/article/view/8046>>. Acesso em: 13 de mai. 2018.

UNESCO. Declaração Mundial sobre Educação para Todos: satisfação das necessidades básicas de aprendizagem Jomtien, 1990. UNESCO, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0008/000862/086291por.pdf>>. Acesso em; 13 de agosto de 2016.

EDUCAÇÃO E O RESPEITO NA RELAÇÃO DE GÊNERO

Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira¹

Victor José Amoroso de Lima²

INTRODUÇÃO

Ainda hoje, século XXI, existe uma situação de insegurança expressa pela violência cotidianamente presente na vida das minorias que envolve a questão de gênero. Dar visibilidade a essas minorias é muito importante, pois as condições de desigualdades são vivenciadas continuamente, o que impede a tão almejada paz.

Reações de uma sociedade androcentrista, vivida nos países do hemisfério sul de forma muito marcante ainda. As movimentações preconceituosas são evidentes e são potencializadas pela exposição em redes sociais difundindo-se facilmente. Assim a misoginia estruturada em forma de cultura ocupa a cena pública e dá forma a um conservadorismo, tornando a luta dessas minorias, mulheres e pessoas do grupo LGBTQIs, uma desleal disputa.

Organizar esses vulneráveis não é uma opção e sim uma imposição da realidade em busca da emancipação de seus direitos inerentes. É fundamental a luta contra o sexismo, o androcentrismo e o racismo, que impedem o protagonismo dessas minorias e a exploração na luta pela superação de toda sociedade de classes, aí que se pode ver o papel estratégico da educação.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília- UNIVEM. Integrante dos grupos de pesquisa: ENJUR (Reflexões sobre o ensino jurídico brasileiro), NUDISE- (Núcleo de direitos humanos, cidadania e gênero) - UNESP-Marília e LIEG-(Laboratório interdisciplinar de estudos de gênero). Todos vinculados ao CNPq. Contato: e-mail: m.fatimaro@hotmail.com.

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bacharel em Direito pelo UNIVEM. Membro do grupo de pesquisa: ENJUR (Reflexões sobre o ensino jurídico brasileiro), do UNIVEM. Advogado. E-mail: vjalima@hotmail.com.

Para viabilizar este processo é importante a compreensão da realidade em que se é inserido, no caso o Brasil.

A Constituição Federal (1988) trouxe considerável evolução no sentido da igualdade e combate à discriminação, e no ambiente escolar não foi diferente. Destaca-se neste momento o Manifesto pela igualdade de gênero na educação, por uma escola democrática, inclusiva e sem censuras (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA, 2016).

“Falar em uma educação que promova a igualdade de gênero, não significa anular as diferenças percebidas entre as pessoas, mas garantir seu espaço democrático onde tais diferenças não se desdobrem em desigualdades” (Ibidem, 2016). Porém é raro a instituição de ensino que aborde a temática. Estas, assim como as famílias podem contribuir para diminuir essa cultura de preconceito e censuras.

De acordo com especialistas, o ambiente escolar precisa ser um espaço seguro, saudável e promover a discussão para impedir a propagação de preconceitos e estereótipos (DEIS, 2016).

A preocupação não é somente brasileira, a UNESCO (2009), no Guia Técnico Internacional sobre Educação Sexual delinea diversas práticas e estabelece linhas guias de como abordar a existência de famílias diferentes do tipo mais tradicional, relacionamentos entre gêneros, tudo em razão da preocupação mundial em preparar os jovens para ter uma vida segura, produtiva e realizada.

Quanto às legislações no Brasil há uma movimentação social que deve impulsionar as ações afirmativas, são percebidas várias iniciativas do legislador de iniciar processo para a começar a colocar a mulher num papel de visibilidade na sociedade, o que não aconteceu ainda com as pessoas do grupo LGBTQIs, nem no Mundo e muito menos no Brasil. Daí a necessidade de dar visibilidade e reconhecimento a essas pessoas para que elas possam ser dignas e assim parte integrante do Estado Democrático de Direito, como qualquer cidadão brasileiro.

No que tange aos direitos humanos, o que está chamando a atenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), é o não cumprimento do Estado brasileiro, que ainda como signatário da declaração, atrasa-se na inclusão desses grupos, tanto na legislação como na vida social. Neste sentido a investigação documental

possibilita a análise do tratamento judicial, a tutela que é dada pelos direitos LGBTQIs pelas Cortes de direitos humanos. A partir de um pensamento dedutivo, o problema é abordado na pesquisa sobre os seguintes tópicos:

A legislação como regra de educação, o papel da educação no combate à violência de gênero e a efetivação dos direitos humanos numa perspectiva de paz.

E na conclusão fica aparente a ausência de proteção aos direitos das pessoas LGBTQIs, mas evidente o papel que a educação poderia prestar para resolução de violências relativas às opções de gênero e orientação diversas do tradicional.

1 A LEGISLAÇÃO COMO REGRA DE EDUCAÇÃO

A legislação brasileira traz em seus parâmetros normativos o compromisso de aliar a educação com a igualdade atrelada à liberdade, à dignidade com respeito ao próximo, sem qualquer distinção.

A Constituição Federal (1988) representa essa norma jurídica do direito à informação e à educação nos artigos 3º, IV e 5º caput e §§2º e 3º, estes direitos não excluem outros recorrentes do regime e dos princípios adotados pela mesma Constituição ou de tratados internacionais.

Desde a Declaração dos Direitos Humanos (1948), conforme o seu art. 2º, I, o Pacto de San José da Costa Rica e a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação, fundadas na religião e nas convicções. Resolução da ONU (1981). Aliadas à Organização Mundial da Saúde (OMS) que deixa bem estabelecido ser a sexualidade um direito humano só em 1997.

A Resolução nº 2435 - Direitos Humanos, orientação sexual e identidade de gênero foi aprovada pela OEA em Assembleia Geral em 2008, data em que a ONU considerou as violações dos direitos humanos relacionados à orientação sexual e na identidade de gênero, que segundo Rios (2001):

Identidade de gênero diz respeito a quais papeis sociais de gênero que o indivíduo se identifica (masculino, feminino, transgênero), já a orientação sexual diz respeito a que sexo estão voltados o desejo e o afeto para alguém (daí se falar em heterossexual, homossexual e bissexual).

Nas décadas de 80 a 90 as movimentações, sob a ótica neoliberal, voltada à conquista de direitos sociais marcou as políticas públicas e as educacionais no processo de elaboração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e do Plano Nacional de Educação. Formar cidadãos, capacitados e melhorar o nível salarial era a meta.

Nesta época começou a surgir no Brasil os primeiros grupos e movimentos feministas, em 1990 e o gênero começa a contemplar os parâmetros curriculares nacionais do Ensino Fundamental, resgatando a dignidade da pessoa humana, a igualdade de direitos, a participação ativa na sociedade e a corresponsabilidade pela vida social (VIANNA; UNBEHAUM, 1994).

Após vários programas coordenados pelo Ministério da Educação (MEC), contribui-se para a ampliação do debate sobre a igualdade de direitos nas escolas e na sociedade, porém ainda não se vislumbra o resultado objetivado.

A escola deve fazer com que os professores e alunos possam reconhecer na diversidade (ética, cultural, patrimonial e sociocultural) sua maior riqueza e assim difundir a igualdade entre os diferentes, da mesma forma que esta não se tolera preconceitos de raça e credo, não se deve ter tolerância com manifestações contra liberdade da orientação sexual de docentes e discentes.

Em 1995, o governo federal anunciou os PCNs (BRASIL, 1998), entre os quais aparecia a determinação de que a sexualidade fosse tratada como tema transversal. A idéia era de que diversas disciplinas integrassem o assunto de maneira articulada com outros temas. A abordagem, porém, baseada em uma visão biologizante do sexo ainda predomina, e a discussão sobre a diversidade de orientações sexuais é ainda marginal ou ausente. (Borges; Meyer, 2008, p. 61-62).

No entanto muitos são prontamente contra a educação sexual nas escolas, existe lei específica desde 1997, a saber, os

Parâmetros Curriculares Nacionais (especialmente v. 10), porém o que tem-se hoje é a educação sexual baseadas em livros didáticos limitados a dimensão da biologia apenas, sendo quase que proibidos os discursos sobre orientação sexual, identidade de gênero, aborto, prostituição, virgindade, homossexualismo, pornografia, entre outros cercados de tabus desde pelos professores, pais e alunos.

Como efeito da constituição do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS, s. d.), foi elaborado e lançado, em 2004, o Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra LGBTQI e de promoção da cidadania homossexual, e importante instrumento político para a visibilidade de ações específicas de enfrentamento da homofobia.

Neste documento fica expresso que além da formação de professores na área da sexualidade é necessário materiais educativos sobre a orientação sexual e a diversidade, na questão de gênero, sendo o único documento relacionado a minoria LGBTQI, além de sua eficácia ser de caráter regional está longe de ser suficiente, pois teve pouca efetividade social.

No nível internacional, a Organização das Nações Unidas lançou campanha intitulada: “livres e iguais” com o objetivo de promover a igualdade de direitos e um tratamento justo às pessoas LGBTQIs, desde então vem exercendo um papel importante para a visibilidade dessa minoria. O que não as livra de toda intolerância e preconceito que as cercam (BUTLER, 2003).

Fraser (2001) aponta em sua teoria dois motivos para a falta de espaço para as minorias na realização da justiça e os meios para a efetivação dessas tanto no direito nacional como no internacional, pois com a globalização os Estados não são capazes de dirimir isoladamente questões como as desigualdades, transferindo suas responsabilidades para o âmbito internacional.

Pela falta significativa de legislação específica para o grupo LGBTQI, os juízes se valem da interpretação genérica para estender de forma indireta a devida proteção. Foi o que aconteceu com liberação da união afetiva, e a mudança do nome para o nome social, sendo um grande marco na luta dessa minoria.

As resoluções da ONU e os Princípios de Yogyakarta foram elaborados na Indonésia, por estudiosos dos direitos humanos e destinados a construção de princípios relacionados à aplicação da

legislação internacional dos Direitos Humanos com relação à orientação sexual e à identidade de gênero. Todavia este documento não é vinculante pelo seu modo de elaboração, ou pela ausência de elementos que possam transformá-lo em costume internacional, sendo assim sua aplicação afastada por qualquer tribunal.

Assim sendo, mesmo na esfera do direito internacional dos direitos humanos, a legislação é bastante incipiente para que haja a devida proteção da minoria LGBTQI.

2 O PAPEL DA EDUCAÇÃO NO COMBATE À VIOLÊNCIA

A educação é um direito fundamental, como já explicitado, e que deve ser garantida a fim de formar uma sociedade livre de preconceitos e democrática, ou seja, formada para o povo, por isso é preciso que esta educação se desenvolva em meio à liberdade e à diversidade. Segundo Norberto Bobbio (2002), a preocupação com os direitos humanos através dos tempos, é um bom sinal no reconhecimento de uma sociedade mais humana e democrática.

Em relatório chamado *Out in the Open*, a UNESCO (2016) afirma que é responsabilidade da escola prover um ambiente seguro de aprendizagem, e por isso deveria tocar no assunto de homofobia e transfobia, ensinando respeito. No documento se encontrou que enquanto 7% de heterossexuais dizem ter sofrido *bullying*, 48% dos homens homossexuais afirmam o mesmo e que 61% de toda violência relacionada à fobia de gênero ou orientação sexual acontece no ambiente escolar.

A cidadania não se faz sozinha, ela é ampliada na esfera pública no campo educacional, onde as escolas devem aprimorar e adequar suas práticas para que haja a inclusão de todos sem qualquer discriminação.

A instituição escolar ou educacional deve agir em conjunto com a família e outras instituições a fins no sentido de incentivar programas de orientação para resolução de conflitos relacionados a livre orientação sexual com objetivo de prevenir atitudes hostis e violentas por parte de professores, alunos e do cidadão em geral. Outro papel importante da escola é apoiar programas de capacitação de profissionais de educação, policiais, juízes, agentes do direito em geral para promover a compreensão e a consciência ética sobre

como aceitar as diferenças individuais, assim como a eliminar os estereótipos depreciativos com relação as pessoas do grupo LGBTQI.

Sendo a educação parte dos direitos sociais, ela deve ser acessada por todos, independentemente do gênero ou da orientação sexual. A Constituição Federal (1998), no artigo 205, diz que é dever do Estado e da família garantir o acesso à educação para que todos possam ter um desenvolvimento pleno para exercer a cidadania e qualificar-se para o trabalho, o que também chama a atenção para a diversidade humana, respeitando a todos concedendo oportunidades iguais.

Existem alguns exemplos de movimentações de conscientização pela vida escolar, o projeto Educação sem Homofobia (ESH) é realizado pelo Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania LGBT (NUH/UFMG), Universidade Federal de Minas Gerais, em cumprimento ao Programa Brasil sem Homofobia. O objetivo do projeto é questionar práticas, posturas, princípios e valores presentes no ambiente escolar que reproduzem e legitimam as práticas de violência, preconceito e discriminação. Outro exemplo também foi a criação de um kit de jogos educativos, onde parte do projeto é voltado para a promoção, no ambiente escolar, de reconhecimento e respeito à diversidade sexual (UFMG, 2010).

As atividades escolares que podem acabar com as práticas de fobia de gênero e orientação sexual devem ser pautadas segundo entendimento já entabulado pela UNESCO em relatório extremamente famoso, qual seja, Educação: Um tesouro a Descobrir, no trecho em que se afirma que a violência é oposição ao progresso humano, ainda que a educação não tenha se esforçado realmente para colocar em prática o ensino da convivência, é necessário ensinar métodos de resolução pacífica de conflitos, desenvolvendo o conhecimento dos outros. Ensinar a não-violência na escola é instrumental para lutar contra os preconceitos geradores de conflitos. Entretanto a luta é árdua, já que muito naturalmente os seres humanos têm tendência a supervalorizar as suas qualidades e as do grupo a que pertencem, e a alimentar preconceitos desfavoráveis em relação aos outros, além da cultura presente prezar pelo sucesso individual e o clima de concorrência (UNESCO, 1997).

Para Farah (2004), o reconhecimento da diversidade está dentro de cada um de nós, o que impõe análises de outras dimensões como: raça, classes, crenças e gerações.

Na visão de Bobbio, o preconceito é gerado:

Por uma opinião ou um conjunto de opiniões, às vezes até mesmo uma doutrina completa, que é acolhida acriticamente e passivamente pela tradição, pelo costume ou por uma autoridade de quem aceitamos as ordens sem discussão: acriticamente e passivamente, na medida em que a aceitamos sem verificá-la, por inércia, respeito ou temor, e a aceitamos com tanta força que resiste a qualquer refutação racional. [...]. Por isso se diz corretamente que o preconceito pertence à esfera do não racional, ao conjunto das crenças que não nascem do raciocínio e escapam de qualquer refutação fundada num raciocínio (2002, p.103).

Pesquisas revelam que a misoginia afeta o desenvolvimento de profissionais em qualquer área e nas escolas também. O que contribui e muito na questão de violência.

O Diretor-Geral da UNESCO, Azoulay (2018), em pronunciamento esclarece claramente, a existência de violência homofobia e transfóbica nas classes de aula tem imensas consequências negativas, aprender em um ambiente seguro é indispensável. Afirma que o papel da UNESCO é exatamente lutar contra essas problemáticas e promover a diversidade é maneira de destruir o preconceito.

O respeito é a peça chave, que deve ser recíproco, e sem hierarquia num plano horizontal de cidadania. Para Pierre Bourdieu (1999), os homens sempre dominaram o mundo, mas isto vem mudando à medida em que as mulheres tomam conhecimento da sua capacidade de pensar e agir. Porém, para que isto aconteça é necessário romper com paradigmas opressores, geralmente ocultos, mascarados, por um discurso misógino.

Assim, as minorias LGBTQIs estão ganhando forças também por meio dos movimentos sociais, gays, lésbicas, travestis, trans, queers e simpatizantes lutam pelo reconhecimento pela vida digna.

O Brasil desponta no ranking da violência das minorias em geral, o crime de ódio ocorre pelo simples fato de sua identidade de gênero ou orientação sexual, os ataques são muitas vezes atribuídos à própria sociedade, que não lhes garantem segurança. A homofobia, como qualquer um desses crimes de ódio ainda não é considerado crime pela legislação brasileira. Recentemente o Código Penal (1940)

passou a considerar o feminicídio como qualificadora do homicídio (artigo 121, VI), por meio da Lei nº 13.104 (2015), incluindo-o ao rol dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990).

Segundo a associação Transgender Europe, por meio do site Trans Murder Monitoring (2015), existe uma quantidade alta de homicídios ligados a questão da sexualidade, mais especificamente de pessoas transexuais e de gênero diversificado, de 2008 a 2014 foram 868 pessoas que, de maneira corroborável, foram mortas em razão de sua identidade de gênero ou orientação sexual, comparando com outros Estados monitorados, o Brasil fica sempre entre os primeiros países que mais matam essas minorias.

Segundo Lafer (2005):

O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiologia encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. E por essa razão que a análise de ruptura- o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental- passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário de natureza.

O Direito, sendo uma ciência dinâmica, deve evoluir junto com as pessoas, acompanhando os padrões históricos-axiológicos de cada nação. Dando o devido valor aos princípios da moral que lhes permitem conviver de forma pacífica.

De cinco em cinco anos a CIDH, fiscaliza os países signatários dos tratados internacionais de direitos humanos, se estes estiverem em desacordo são punidos pelos órgãos competentes internacionais, esta punição se dá pela pressão internacional dos outros países (OEA, O.C./24, 2017). No caso de se avaliar situações envolvendo os LGBTQIs os juízes se baseiam em outros casos ocorridos, quase sempre usando da hermenêutica com base no princípio da dignidade humana. De acordo com Sarlet:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa. [...] e ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo a conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é ou não ofensiva da dignidade (2007, p.218-223).

A violência se dá pelo simples fato dessas minorias serem diferentes, assim como o racismo a homofobia sempre existiu, a ponto das pessoas se negarem para a sociedade e para si próprias. Como refere Borrillo:

A atitude homofóbica é caracterizada pelo menosprezo ao outro, como se o homossexual fosse inferior ou anormal. O homossexual, assim como o negro, o judeu ou o estrangeiro, é sempre o outro, o diferente, aquele com o qual qualquer identificação é impensável (2010, p. 16).

Nesse contexto de mudanças, a fim de garantir que essas práticas homofóbicas fossem minimizadas do meio educacional, novas diretrizes, leis e regulamentos foram elencados a fim de dar início a uma nova discussão: a educação para a equidade, ou seja, a educação em busca da igualdade em que os direitos sejam iguais indiferente de raça, orientação sexual e de escolhas religiosas do indivíduo.

A falta de representatividade deixa esse grupo ainda mais vulnerável, necessitando do associativismo civil, como os movimentos sociais que promovem o empoderamento dessas minorias. Estes articulam quase sempre temas que vão desde a biodiversidade até a “alterglobalização” atingindo o corpo sociopolítico e cultural de países como o Brasil e a Colômbia, nas tomadas de decisões nas políticas públicas, Fóruns, Conselhos, etc (GOHN, 2008).

Apesar de todo preconceito, discriminação que envolve a homofobia nos países da América Latina, a representatividade na política, por exemplo começa a aparecer timidamente, com um aumento de candidaturas de pessoas trans em 2016, que atingiu um total de 94 candidatos, dos quais só 6 se elegeram. Esse tipo de realidade levanta a bandeira de causas, com eleitores transgênero, travestis, incluindo menores de 18 anos que já poderão usar o nome social no título de eleitor. Também houve um aumento de 11% na participação feminina no mercado de trabalho, a luta agora está focada na igualdade salarial, pois apesar das mulheres ocuparem o mesmo cargo antes considerado masculino, ainda ganham 30% a menos que os homens, o mesmo não se retrata para o grupo LGBTQI que ainda está longe de ocupar este espaço. (IPEA, 2016).

Em se tratando de pessoas “trans”, o quadro é mais preocupante, pois há uma diminuição de reconhecimento partindo da

própria pessoa que demora de se reconhecer nesta situação de direitos materiais específicos aos LGBTQIs, o que significa a permanência na invisibilidade e a opressão, que as sufoca e impede que seus direitos sejam devidamente exercidos, tanto na esfera pública como na privada.

O próprio exercício de identidade “trans” muitas vezes é impossível sem a exteriorização de sua identidade de gênero que lhes foi negada desde o nascimento.

CONCLUSÃO

Se há discriminação por parte de toda sociedade para com as minorias sejam elas de cor raça, crença, sexo, no ambiente escolar não seria diferente. Traçando um panorama crítico-analítico da situação, se pode observar que no panorama mundial as pessoas se importam muito pouco umas com as outras. Excluem-se os menos favorecidos, os diferentes, portanto há necessidade da tutela do Estado voltada especificamente para essas minorias.

A falta de proteção de direitos nacionais e internacionais contribui para este quadro de invisibilidade e conseqüentemente de violência.

Com a ajuda da educação desde a infância poderemos superar o quadro de opressão que norteia esses vulneráveis LGBTQIs, conjuntamente com ações afirmativas do Estado e suas vertentes para que se valha de ser realmente um Estado Democrático de Direito.

Uma nação onde se valoriza a vida digna de todos sem qualquer distinção, onde as crianças aprendam desde cedo seus direitos e deveres. E é na escola que a inclusão deve começar porque é lá que se aprende a ser e a aplicar as normas de acordo com a moral e bons costumes, respeitando cada pessoa, obtendo assim a efetivação dos direitos humanos.

A escola deve fazer com que professores e alunos possam reconhecer na diversidade (ética, cultural, patrimonial e social) do povo brasileiro sua maior riqueza difundindo a igualdade. Não esquecendo que as pessoas são o que são, o elemento indispensável de caráter vinculante é que esses vulneráveis, possam continuar a

serem quem são, não perdendo sua representatividade o que leva à perda da vulnerabilidade.

As vias educativas não se limitam em ter nos currículos a matéria de educação sexual, mas implementação de metodologias e dinâmicas que favorecem as relações sociais com os grupos questionadores da normalidade, construindo laços entre aqueles que diferem nas formas de amar, defendendo os direitos humanos nas gestões de políticas públicas e no enfrentamento da homofobia e transfobia.

Quando se passar a conviver normalmente com os diferentes, não os enxergaremos como tal e o grupo antes vulnerável será parte integral da sociedade, conseqüentemente terão seus direitos fundamentais assegurados e sua igualdade garantida.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Caroline; RIBEIRO, Paula Regina Costa. **Youth literature as a cultural artifact: a discussion about representations of LGBTQI subjects**. Proceedings of the Fifth International Congress in Cultural Studies. Aveiro, 2016, p. 351-358.

ARAÚJO, Maria Vilma de Sousa. **A evolução nas conquistas pela igualdade de gênero**. Consulex, Brasília: Revista Jurídica, v. 13, n. 306, 2009, p. 42-43.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA). **Boas Vindas**. 2016. Disponível em: < <http://www.30rba.abant.org.br/>>. Acesso em: 30 jul. 2018.

AZOULAY, Audrey. **Message of Director-General da UNESCO on occasion of the International Day Against Homophobia, Transphobia and Biphobia**. Disponível em: < <http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002633/263342e.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Elogio da Serenidade e outros escritos morais**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: UNESP, 2002.

BORGES, Zulmira Newlands; MEYER, Dagmar Estermann. **Limites e possibilidades de uma ação educativa na redução da vulnerabilidade à violência e à homofobia**. Ensaio: avaliação e políticas públicas em educação. Rio de Janeiro, v. 16, n. 58, jan/mar. 2008, p. 59-76. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-40362008000100005&script=sci_abstract&tlng=pt> . Acesso em: 30 jul. 2018.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand. Brasil, 1999.

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Resolução n. 1, de 30 mai. 2012. **Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos**. Brasília: MEC, 2012.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848. 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015. **Prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio inclui no rol dos crimes hediondos**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. SECRETARIA DE EDUCAÇÃO FUNDAMENTAL. **Parâmetros Curriculares Nacionais**. Brasília: MEC/SEF, 1997. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=12640:parametros-curriculares-nacionais-1o-a-4o-series>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. MINISTÉRIO DOS DIREITOS HUMANOS. **Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT**. Disponível em: <<http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/conselho-nacional-de-combate-a-discriminacao-lgbt/conselho-nacional-de-combate-a-discriminacao-lgbt>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BUTLER, Judith. **Problemas de Gênero**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS; SERVIÇO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta**. 2006. Indonésia. <http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2018.

DEIS, Andrea. **Guia mundo em foco: Cultura do Estupro**. 5. ed. São Paulo: On line, 2016.

FARAH, Marta Ferreira Santos. **Gênero e políticas públicas**. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 1, p. 47, jan. 2004. ISSN 1806-9584.. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2004000100004>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque 12. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1997.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. In: SOUZA, Jessé (Org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UNB, 2001. p. 245-282.

GOHN, Maria da Gloria. **Abordagens teóricas nos estudos dos movimentos sociais na América Latina**. Caderno CRH, Salvador, v.21. n. 54, set/dez, 2008, p. 439-455.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); SISTEMA DE INDICADORES DE PERCEPÇÃO SOCIAL (SIPS). **Tolerância social à violência contra as mulheres**. Brasília: Governo Federal, 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21827>. Acesso em 15 jul. 2018.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos Direitos Humanos**. São Paulo: Manual, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 15/06/2018.

_____. **Tackling Discrimination against Lesbian, Gay, Bi, Trans, & Intersex People: standards of conduct for business**. 2017. Disponível em: <<https://www.unfe.org/wp-content/uploads/2017/09/UN-Standards-of-Conduct.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Solicitud de Opinión Consultiva OC-24**, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/solicitud_31_03_17.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2018.

RIOS, Roger Raupp. **Para um direito democrático da sexualidade**. Horizontes Antropológicos. Porto Alegre. Ano 12, n. 26, jul./dez. 2001. p.71-100. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/a04v1226>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TRANSGENDER EUROPE. **Trans Murder Monitoring**. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/map/trans-murder-monitoring/#>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO). **International technical guidance on sexuality education: An evidence-informed approach**. 2009. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002607/260770e.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. **Out in the open - Education sector responses to violence based on sexual orientation and gender identity-expression**. 2016. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0024/002447/244756e.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2018.

_____. **Educação um tesouro a descobrir**. Tradução de José Carlos Eufrázio. 1997. Disponível em: <http://dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_unesco_educ_tesouro_descobrir.pdf> . Acesso em: 18 mai. 2018.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. **Educação sem homofobia**. 17 jun. 2010. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/online/arquivos/015779.shtml>>. Acesso em 17 jun. 2018.

VIANNA, Claudia; UNBEHAUM, Sandra. **Gênero e políticas de educação: impasses e desafios para a legislação educacional brasileira**. In: SILVEIRA, M. L.; CODINHO, T. (Org.). Educar para a igualdade: gênero e educação escolar. São Paulo: Secretaria Municipal de Educação/Coordenação Especial da Mulher, 1994. p. 39.

DIREITO, DIGNIDADE HUMANA E FRATERNIDADE:

VIOLÊNCIA E CORDIALIDADE SIMBÓLICA COMO ARMA PARA UMA EDUCAÇÃO CIDADÃ NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

Gabriel Salazar Curty¹

Jefferson Antonione Rodrigues²

INTRODUÇÃO

Desde que o tempo começou, lento, a me decantar o espírito do sedimento das paixões, com que o verdor dos anos e o amargor das lutas o enturbavam, entrando eu a considerar com filosofia nas leis da natureza humana, fui sentindo quanto esta necessita da contradição, como a lima dos sofrimentos a melhora, a que ponto o acerbo das provações a expurga, a tempera, a nobilita, a regenera. Então vim a perceber vivamente que imensa dívida cada criatura da nossa espécie

¹ Acadêmico do curso de bacharelado em Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, Cáceres/MT, vice-líder do Grupo de Pesquisas “Processualística Penal, Direitos Humanos e Cultura” (PROPEDI) da UNEMAT, liderado pelo prof. Me. Jefferson Antonione Rodrigues.

² Mestre em Teoria do Direito e do Estado, pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília/SP. Especialista em Direito Ambiental Urbano, pela Universidade Federal do Estado de Mato Grosso – UFMT, Cuiabá/MT. Coordenador do Curso de Segurança no Trabalho, Docente, Membro nato do Núcleo Docente Estruturante (NDE), Líder do Grupo de Pesquisas “Direito, Historiografia e Cultura brasileira” e Coordenador de Projetos de Responsabilidade Social do curso de bacharelado em Direito da Faculdade Católica Rainha da Paz – FCARP, Araputanga/MT. Docente do curso de bacharelado em Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, Cáceres/MT. Líder do Grupo de Pesquisas “Processualística Penal, Direitos Humanos e Cultura” da Universidade do Estado de Mato Grosso – UNEMAT, Cáceres/MT. Membro/Integrante do Grupo de Pesquisas “Reflexões sobre a Educação Jurídica no Brasil” (ENJUR) liderado pela profa. Dra. Raquel Cristina Ferraroni Sanches e, Membro/Integrante do Grupo de Pesquisas “Direito e Fraternidade” (GEP) liderado pelo prof. Dr. Lafayette Pozzoli, ambos do Programa de Mestrado do UNIVEM.

deve aos seus inimigos e desfortunas. Por mais desagrestes que sejam os contratempos da sorte e as maldades dos homens, raro nos causam mal tamanho, que nos não façam ainda maior bem. Ai de nós, se esta purificação gradual, que nos deparam as vicissitudes cruéis da existência, não encontrasse a colaboração providencial da fortuna adversa e dos nossos desafetos. Ninguém mete em conta o serviço contínuo, de que lhes está em obrigação. Diríeis, até que, mandando-nos amar aos nossos inimigos, em boa parte nos quis o divino legislador entremostar o muito, de que eles nos são credores. A caridade com os que nos malquerem, e os que nos malfazem, não é, em bem larga escala, senão pago dos benefícios, que, mal a seu grado, mas muito deveras, eles nos granjeiam. (Trecho de Rui Barbosa, Oração aos Moços)

Exaltando o pensamento humano e com a percepção de que o indivíduo é a verdadeira realidade da vida, um universo em si – a única fonte, o único motor de evolução de progresso, cediço à aquisição e transmissão de crenças, tradições e costumes em todo historiar da sociedade que, esta proposição acadêmica intui-se no historicizar e proporcionar em singeleza uma reflexão acerca das possíveis relações entre o Direito e a aplicabilidade das forma didáticas de educação para transformação cidadã de reabilitando dos sistemas carcerários que, hoje superlotam o sistema.

A partir desta premissa, ressaltamos a importância do resgate à dignidade humana tendo a fraternidade, enquanto princípio, como fio condutor simbólico de expressão da cordialidade como arma para diminuição das práticas de violência carcerárias.

Enfatizar a fraternidade é reverenciar a figura de Jacques Maritain, junto aos preceitos educacionais freireanos do educar para libertar junto aos ditames do regramento penal e processual penal internos, brasileiros, para com a Lei de Execuções Penais.

Por conseguinte, é com este intuito que destacaremos nesta proposição acadêmica as relações do Direito, ciência social aplicada que é, para com a fraternidade, bem como a aplicabilidade e a real efetividade do princípio da dignidade humana como princípio. Em seguida, o enfoque destacar-se-á a influência de Jacques Maritain junto as proposições relativas aos Direitos Humanos para ao final referendarmos que o educar para libertar pode ser uma fonte regenerativa de inserção do delinquente social junto aos superlotados sistemas punitivos brasileiros.

Para o desenrolar de toda esta trama jurídico-fraternal das percepções práticas do sistema punitivo brasileiro, pautaremos-nos junto às práticas metodológicas de cunho fenomênico (GIL, 2010, p. 39), quer seja, a observação das essências descrevendo e reinterpretando os fenômenos por intermédio da consciência dos sujeitos com bases nas experiências vivenciadas, a partir de uma pesquisa bibliográfica, elaborada a partir de materiais já publicados (livros, artigos, teses, dentre outros), revisando de forma intensa a literatura existente sobre o assunto em voga. Além de buscarmos um enfoque quanto à compreensão mais detalhada dos sentidos e significados das proposições a que nos propomos explicar, o que define esta pesquisa como de cunho qualitativo que, na definição de Richardson (2012, p. 79-80) tem um caráter eminentemente exploratório, procurando aspectos subjetivos dos fenômenos, bem como motivações não explícitas às práticas comportamentais.

Em epítome, objetivos explicar que a aplicabilidade do tão decantado princípio fraternal junto às práticas de ressocialização amparadas as práticas didático pedagógicas podem desencadear um processo de reabilitação (re) construtora de cidadãos mais conscientes e pensantes. Desta feita, partimos de um raciocínio de ordem descendente para analisarmos e construímos todo um arcabouço simbólico de expressivo auxílio e reflexão da aplicabilidade da fraternidade junto ao sistema punitivo brasileiro que hoje encontra-se em colapso – método dedutivo.

Importante se faz, ressaltar ainda, que trechos da “Oração aos Moços” de Rui Barbosa, utilizados na composição inicial de cada subseção desta produção, busca transmitir uma forma reflexiva de expressividade junto ao contexto por nós aqui proposto, devido ao fato de que tal produção tem como característica principal o resgate de uma memória tradicional, jurídico-política, propositura de um Brasil do ser e do dever ser, fonte inspiradora desta construção acadêmica que, tem como foco a educação e a fraternidade aliada às práticas e a efetividade do Direito junto ao sistema carcerário brasileiro.

1 DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E FRATERNIDADE: MARITAIN E A EFETIVIDADE DA DIGNIDADE HUMANA

Nest'alma, tantas vezes ferida e traspasada tantas vezes, nem de agressões, nem de infamações, nem de preterições, nem de'

ingratidões, nem de perseguições, nem de traições, nem de expatriações perdura o menor rasto, a menor idéia de revindita. Deus me é testemunha de que tudo tenho perdoado. E, quando lhe digo, na oração dominical: "Perdoai-nos, Senhor, as nossas dívidas, assim como nós perdoamos aos nossos devedores", julgo não lhe estar mentindo; e a consciência me atesta que, até onde alcance a imperfeição humana, tenho conseguido, e consigo todos os dias, obedecer ao sublime mandamento. Assim me perdoem, também, os a quem tenho agravado, os com quem houver sido injusto, violento, intolerante, maligno ou descaridoso. (Trecho de Rui Barbosa, Oração aos Moços)

1.1 BREVE ASPECTO HISTÓRICO DA FRATERNIDADE

Trabalhar fraternidade é mergulhar nos tempos remotos para notar que desde sempre, para um convívio social harmônico, necessário se faz respeitar determinados direitos decorrentes da própria natureza humana. Neste pressuposto, fraternidade sempre foi um elo entre uma diversa gama de direitos que garanta ao cidadão o mínimo para uma vida digna. Sendo assim, podemos enfatizar que, inicialmente, a fraternidade estava incorporada com maior rigor nas doutrinas religiosas, fato mais notório na expansão do cristianismo, elencando-o como primordial para convívio social à ajuda mutua, o assistencialismo e a compaixão ao próximo, como doutrina na Igreja (TOSI, 2005).

Em se tratando de uma sociedade que vive em constantes (re) evoluções, a fraternidade sempre esteve a ganhar novos paradigmas de aplicação, destacando a luta pela independência dos Estado Unidos da América, que consagrou os direitos naturais ao ser humano, pautado, dentre muitos, no direito a se rebelar contra o governo "inadequado" para o povo, ou seja, que não garantisse o mínimo possível para uma vida digna, ocorrido em 1776 com a Declaração de Virginia (idem).

Mas como grande marco, temos em 1789, como fruto da Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, marco da derrota do regime absolutista, eivado de três pilares: liberdade, igualdade e fraternidade. Esse marco rompeu com a mera intenção de bom convívio social que tinha a fraternidade, característica religiosa, assumindo destacável, senão principal, papel nas Constituições dos Estados, apresentando seu aspecto jurídica, sendo que o não respeito ao tal, caracterizava desconfiguração do Estado Democrático e Social de Direito, contrário ao que van

guardava socialmente, de que o desrespeito a fraternidade era mero ferimento privado, particularizado.

Em cunho recente, o marco importantíssimo, e frisa-se, cenário basilar para defesa do objeto do presente, foi em 10 de dezembro de 1948, momento em que em instância de Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), aprovou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, propagadora universal da responsabilidade das nações em efetivar a garantia aos direitos humanos (ibidem). Neste diapasão, congruente se faz as palavras de Norberto Bobbio:

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo (BOBBIO, 1992, p.29 - 30).

Nesta linha, filia-se nossa Carta Superior já de início no preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988 – **grifo nosso**).

Logo, no artigo 3º, especificamente no inciso I da nossa Carta Constitucional (1988) temos como objetivo do nosso Estado

Democrático de Direito a construção de uma sociedade “livre, justa e solidária”, restando normatizado e claro a consagração dos ideais corroborados com a Revolução Francesa de liberdade, igualdade e **fraternidade**, universalizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Assim, podemos enfatizar neste breve aspecto histórico da fraternidade que, toda essa construção da fraternal no tempo, gerou às Constituições dos Estados eivadas de seus ideias, sendo que, no Brasil, temos como fruto desse ideal, normatizado na Constituição Federal de 1988, o capítulo da Ordem Social, que tutela o direito à educação, à saúde, à moradia, etc., dentre outros dispositivos espalhados na Constituição, como no capítulo da Ordem Econômica, proteção ao meio ambiente, dentre outros.

1.2 FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO

A ideia de “homem político” apresentado por Aristóteles (1985) está inteiramente ligada com a fraternidade, pois partimos da ideia de que o ser humano, no intuito de viver em sociedade e buscar o bem-estar social, parte da premissa de um contrato social, defendida por Rousseau (1983), partindo na busca de uma sociedade equilibrada, sem desigualdade, enfim, em busca do dito bem-estar social. Logo, a busca por esse bem estar social se arrasta com a história, sempre na busca pela proteção dos direitos humanos, que é a garantia de uma vida com o mínimo de dignidade.

Nesta sistemática, defende Flavia Piovesan (2009, p.107) que a proteção à dignidade humana “não apresenta uma história linear”, fundamentando no pensamento de Hannah Arendt no fato de que “os direitos humanos não são um dado, mas são um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução”. Assim sendo, a fraternidade, defendida pela filosofia por Pozzoli e Lacerda (2017) em seu trabalho publicado na Revista Brasileira de Filosofia do Direito, intitulada “Declaração Universal dos Direitos Humanos: a visão de Jacques Maritain” como intrinsecamente ligada com direito natural do ser humano, assume agora um papel histórico, firmando em 1948 com caráter universal principiológico cerne de um Estado Democrático de Direito, que, segundo Piovesan (2009, p.109), é o “regime compatível com a proteção dos direitos humanos”, que é modelo fruto do caráter revolucionário que está

eivada com marco da fraternidade como ferramenta garantidora do combate à desigualdade e da proteção do direitos humanos.

Em virtude desse caráter construtivo que a fraternidade tem, afim de proteger os direitos humanos, podemos afirmar seu caráter principiológico jurídico, vez que é capaz de agir como instrumento regulador das relações entre os membros da sociedade, dentro de um liame horizontal entre estes, pautado também na liberdade e igualdade, como já ensina Miguel Reale (2003, p.37), quanto a característica dos princípios como orientador do ordenamento jurídico:

(...) princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e das práticas.

Ainda nos ensina Maurício Godinho Delgado (2011, p.180) que “princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”, nos possibilitando enxergar a fraternidade como princípio, principalmente pelo seu marco histórico, visto o atendimento revolucionário social frente ao Estado e sociedade em si.

Por fim deste entendimento, mister se faz aludir as palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto (2007, p.98), que lindamente perfaz o caráter ligamentar da fraternidade:

A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida.

Enfim, frente a este caráter principiológico jurídico, temos que frisar que a fraternidade é base estruturante da Constituição de Estados que defendam a efetiva proteção dos direitos humanos, devendo estar pautada nas perspectivas de liberdade e igualdade, garantista da democracia, afim de permitir aos indivíduos da sociedade garantir um mínimo de dignidade humana, gerando ônus à mesma e, principalmente, ao Estado na efetivação do bem comum (DALLARI, 2016). Sobre este ônus, frisamos ainda, este entendimento na reflexão de Rudolf Von Lhering (2009, p.79) que em sua obra “A luta pelo Direito” afirma que na esfera social “o direito não será letra morta e realizar-se-á, no primeiro caso, se as autoridades e os funcionários do Estado cumprirem com o eu dever, no segundo, se os indivíduos fizerem valer os seus direitos”, e ainda destaca que “se por qualquer circunstância, por comodidade, por ignorância ou por medo, estes últimos ficarem longo tempo inativos, o princípio legal perderá por esse fato o seu valor”, restando nítido a importância da sociedade quanto van guardadora dos direitos humanos.

1.3 JACQUES MARITAIN E DIREITOS HUMANOS

Como exposto, historicamente a fraternidade era visto como berço de uma sociedade familiar, religiosa, que com o tempo assumiu novos parâmetros, conforme foram evoluindo as necessidades de garantia dos direitos humanos. Assim, diante do caráter principiológico já afirmado, necessário se faz amadurecer sua visão jurídica, visto que fraternidade ainda é vista intrinsecamente ligada apenas com ideal filosófico, religioso e social. Nessa perspectiva, alude a ideia de complementariedade entre fraternidade e direito, no objetivo de efetivação do bem-estar social.

Por conseguinte, para atender o objeto do presente, fazemos a leitura dessa relevância da fraternidade interligada com o direito na importância jurídica de Jacques Maritain para a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas de 1948, responsável pela propagação universal da fraternidade, e com consequente, consagração da mesma como pilares das Constituições de muitos Estados, restando nítido sua ligação com o direito.

Antes de especificarmos a contribuição de Maritain para a Declaração da ONU de 1948, devemos abordar como o mesmo externa os direitos humanos, qual sua visão; e nesse ponto, o

professor Pozzoli (2017, p.97 e 98) já nos ensina em citação ao filósofo Maritain:

A verdadeira filosofia dos direitos da pessoa humana repousa pois sobre a ideia da lei natural. A lei natural que nos prescreve nossos deveres mais fundamentais, e em virtude da qual toda lei obriga, é a mesma que nos prescreve nossos direitos fundamentais. Por isso que fazemos da ordem universal, dependendo das leis e regulações do cosmo e da imensa família das naturezas criadas (em suma da ordem da sabedoria criadora); e, ao mesmo tempo, por isso que temos o privilégio de ser espíritos, é que possuímos direitos em face de outros homens e de toda assembleia das criaturas.

Sabemos que Maritain é um grande examinador das ideias de Tomás de Aquino, assim, professor Pozzoli (2017, p98) conclui que, enquanto para Tomás de Aquino “a pessoa humana é orientada por Deus” para Jacques Maritain a pessoa humana é orientada “pela natureza humana (ser humano dotado de dignidade, liberdade, inteligência e livre-arbítrio) que se promove o conhecimento da lei natural ao ser mensurado”.

Assim, para Maritain (1942) podemos vislumbrar os direitos humanos como fruto da lei natural, ou seja, lei não escrita, aquela inerente a natureza do ser humano, que existe no intuito do mesmo não agir conforme sua própria natureza; esta lei natural, é indeclinável, interna a cada ser, desconhecida, que, porém, por um processo de inclinação, conscientização dessa lei, torna-se então um direito natural, que por evolução moral da sociedade, torna-se positivada. Entretanto, ainda nas linhas de Maritain (1942), como frisado, ela é desconhecida, obscura, indeterminada, tornando assim os direitos humanos passíveis de dinamicidade, resultante de processos históricos, teóricos, espirituais, entre outros acontecimentos sociais, ficando evidenciado assim, a possibilidade de evolução ou surgimento de novos direitos para compor a sociedade, que estarão enraizados na lei natural, própria do ser humano e sua dignidade.

1.4 JACQUES MARITAIN E A DUDH – DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948

Historicamente pós Segunda Guerra Mundial, eivada de atrocidades do homem para o homem, não restou outra alternativa para as Nações, senão se mobilizarem para pôr, novamente em discussão, a temática dos direitos humanos. Sendo assim, em 10 de dezembro de 1948, após muitas conferências, reuniões, restou aprovado a DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos na conferência da ONU – Organização das Nações Unidas.

Como é sabido, Jacques Maritain participou da equipe que ajudou a construir a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 1948. De muita importância foi sua participação com suas ideias, mostrando um grande defensor dos direitos humanos. Nesse sentido, manifestou em abril de 2018 o advogado brasileiro Renato Rua de Almeida, professor de direito da Pontifícia Universidade Católica – PUC e, presidente do Instituto Jacques Maritain do Brasil, convidado especial para uma homenagem da Unesco à Jacques Maritain realizada em abril de 2018 na cidade de Roma, na Itália, visto os 70 anos que se passaram desde a elaboração da DUDH, que em entrevista à revista Aliás, assim afirmou:

O texto que Maritain preparou a pedido da Unesco, sobre o conceito filosófico dos direitos do homem, é um primor, porque leva à conclusão de que eles são direitos naturais e não são estanques. Eles se desdobram e evoluem conforme a realidade cultural de determinada época.³

Mas como trabalhado no subtítulo anterior, Maritain já ressoava sobre direitos humanos em 1942, especificamente em sua obra intitulada “Os direitos do Homem e a Lei Natural” que abordava ensinamentos quanto a relação do entre a pessoa humana com seus direitos e a sociedade (LAFAYETTE; LACERDA, 2017, p.102 e 103,

³ Rua esclarece na entrevista que o texto de Maritain enviado para contribuição da Declaração, estava para além da consagração dos direitos humanos de primeira geração (liberdade) ou segunda geração (igualdade), alcançando os de terceira geração (fraternidade), com caráter humanísticos e universais, visto por Maritain como necessários visto a flexibilização de direitos pós Segunda Guerra Mundial e constante avanço da globalização. Afirma ainda que nossa Constituição Federal é fortemente influenciada pelas filosofias de Jacques Maritain.

apud, MARCÍLIO, 2012, p.02). tais abordagens levaram o mesmo ao reconhecimento, sendo em 1947 convidado pela UNESCO – Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura para compor então a comissão responsável pela elaboração da DUDH da ONU de 1948 (LAFAYETTE; LACERDA, 2017, p.103, apud, ALMEIDA. 2016, p.1).

Seu papel foi primordial nesta construção, sendo praticamente um líder da comissão, não pautado em uma construção com a imposição de uma verdade, mas com cerne em um diálogo com primado no respeito (LAFAYETTE; LACERDA, 2017, p.103, apud, MARCÍLIO, 2012, p.09). Neste diapasão, Pozzoli e Lacerda (2017, p.103) destacam que a construção da Declaração era o almejo comum da humanidade, sendo que Maritain compôs peça fundamental, “principalmente no que se refere ao conceito do termo pessoa, a partir da conexão que fez dos estudos sobre o direito natural e o seu processo de dinamismo da pessoa humana pelo meio social, intelectual espiritual, entre outros”.

Assim, coadunando com o retro pensadores referenciados, podemos afirmar que “o termo pessoa com um valor fundamental da dignidade humana, de Jacques Maritain, foi apreciado na elaboração da Declaração”, assim, restou consagrados através de uma leitura dinâmica da lei natural do ser humano, os direitos humanos, pautados em três pilares: liberdade, igualdade e fraternidade, possibilitando a leitura da pessoa com valor fundamental e digno em seus vários meios, seja ele social, familiar, e outros, no intuito de garantir a paz no plano global.

2 DAS PRÁTICAS DE VIOLÊNCIA NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO

Nem toda ira, pois, é maldade; porque a ira, se, as mais das vezes, rebenta agressiva e daninha, muitas outras, oportuna e necessária, constitui o específico da cura. Ora deriva da tentação infernal, ora de inspiração religiosa. Comumente se acende em sentimentos desumanos e paixões cruéis; mas não raro flameja do amor santo e da verdadeira caridade. Quando um braveja contra o bem, que não entende, ou que o contraria, é ódio iroso, ou ira odienta. Quando verbera o escândalo, a brutalidade, ou o orgulho, não é agrestia rude, mas exaltação virtuosa; não é soberba, que explode, mas indignação que ilumina; não é raiva desaçaimada, mas correção fraterna. Então, não somente não peca o que se irar, mas pecará, não se irando.

Cólera será; mas cólera da mansuetude, cólera da justiça, cólera que reflete a de Deus, face também celeste do amor, da misericórdia e da santidade. (Trecho de Rui Barbosa, Oração aos Moços)

Como fatos que existem e sempre existiram na sociedade brasileira, o ódio, a raiva, o rancor, a discriminação e a repulsa dão-nos à impressão de que quanto maior a aplicabilidade de uma pena maior será o efeito de justiça aplicável às infrações cometidas junto ao meio social. Com isso, nos indagamos: existe justiça? É fato marcadamente histórico, escravos humilhados e feitos “peças” e as mulheres postas à disposição para os anseios das volúpias sexuais dos patrões e seus filhos; não seria esta comparável a uma forma de prisão histórica provocadora de rancor e profundo ódio? Milhares de quilombos em todo Brasil em que direitos sempre foram cerceados à mercê do ódio dos patrões que com chibatadas castigavam seus escravos desobedientes junto aos pelourinhos da vida?

Esse realismo o encontramos na Bíblia. Mas também num pensador como Bertrand Russel que observou com acerto: “o coração humano tal como a civilização moderna o modelou, está mais inclinado para o ódio do que pra a fraternidade”. Lógico, se ela colocou como eixo estruturador a concorrência e não a colaboração e a luta de todos contra todos em vista da acumulação privada, entende-se que predomine a tensão, a raiva, a inveja a ponto de o lema de Wall Street ser: “greed is good”: a cobiça é boa. (BOFF, 2005)

O discurso do ódio, da ambição e do individualismo sempre estiveram presentes junto ao seio social como uma zona de mistério, quer seja “Amarás o teu próximo e odiarás o teu inimigo” (Levítico 19,18; Matheus, 5,43). Difundo dos valores socioculturais que, tridimensionalmente servem de sustentáculo às teorias de denominação do Direito, referenciando Miguel Reale em sua teoria tridimensional, é possível observamos a presença da coercitividade tanto como forma imperativa da ordem social tal como propagação do discurso do ódio e das mais severas formas de punição.

Quanto mais atrozes forem os castigos, tanto mais audacioso será o culpado para evita-los. Acumulará os crimes, para subtrair-se à pena merecida pelo primeiro. Os países e os séculos em que os suplicios mais atrozes foram postos em prática, são também aqueles em que se viram os crimes mais horríveis. O mesmo espírito de ferocidade que

ditava leis de sangue ao legislador, pinha o punhal nas mãos do assassino e do parricida. Do alto do trono, o soberano dominava com uma verga de ferro; e os escravos só imolavam os tiranos para possuírem novo. (BECCARIA, 2000)

Punir refaz, reconduz, apaga marcas de um passado errante? Somente educando podemos alterar tais condutas valorativas do seio social ao qual somos inseridos desde o nosso nascimento com vida e aquisição de nossas personalidades jurídicas. Ao Direito como fio condutor da busca de uma realista solução ao esvaziamento dos sistemas prisionários que hoje são verdadeiras fábricas de horror e propagação do ódio tem o mágico condão de, por intermédio de suas legislações e de seus representantes propor soluções a esta problemática tão gritante em nosso seio social, pois frisa-se, estamos piamente diante uma nova era de humanização, em que as máximas “olho por olho, dente por dente” devem ser extirpadas de quaisquer sociedades, desde as mais singelas e longínquas até as grandes megalópoles onde os índices de criminalidade apresentam-se em constante crescimento.

Callegari e Wermuth (2010, p.09), listam como uma das características mais marcantes da sociedade globalizada o trinômio, *risco, medo e insegurança*, pelo que recebem do Estado como resposta a intervenção penal. Segundo os autores:

(...) a pressão social provocada pela insegurança que ronda a sociedade tem servido como justificativa para gerar a legitimação necessária para que o Estado aumente sua “potestade”, ampliando seu espectro de controle penal no marco da “luta contra a criminalidade”, suprimindo direitos e garantias ao ponto de se admitir, em alguns casos, a perda do *status* de pessoa de alguns acusados (idem, p. 10).

Nesse trilhar, “(...) a concepção do Direito Penal como *ultima ratio* é radicalmente alterada, de forma a torná-lo mais abrangente, rigoroso e severo com o escopo de disseminar o medo e o conformismo em seu público alvo” (FARIA, 1997, apud, CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 33).

O que se sabe, é que durante todo o processo evolutivo do Direito Penal, houveram várias teorias, as que buscam justificação para dar legitimidade a intervenção estatal, e as mais radicais que

repudiam a intervenção estatal através de aplicação de pena, das quais se destaca, e que é também objeto de estudo do presente trabalho, a corrente abolicionista, que teve como seu principal defensor e difusor Louk Hulsman, que não confere qualquer legitimidade ao direito penal, ao menos não como o entendemos hoje, quer seja, propomos a extirpação da violência em prol da dignidade humana e, ações verdadeiras e não apenas simbólicas. Tal proposta tem por finalidade precípua colocar em questionamento o verdadeiro significado das punições idealizadas pela política criminal atual, notadamente, a pena privativa de liberdade, a qual faz com que caia por terra um dos direitos fundamentais, o qual é essencial e inerente a todo o ser humano, consistente na liberdade de locomoção (art. 5º, inciso XV, CF/88). E como é perceptível, a pena privativa de liberdade, foge literalmente sua função de ressocializar o indivíduo transgressor da norma penal, fazendo com que sua estadia no cárcere seja a mais cruel e humilhante possível, violando assim o princípio máster previsto em nossa Constituição, do qual todos os demais, são inerentes, que é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa perspectiva, pode-se dizer que o Sistema de Justiça Criminal atualmente engloba órgãos, em sua estrutura, da esfera do Poder Executivo e do Judiciário, sendo que o “sistema se organiza em três frentes principais de atuação: segurança pública, justiça criminal e execução penal” (FERREIRA; FONTOURA, 2008, p. 10), atuando, assim, desde a prevenção, à aplicação da pena cominada as infrações penais.

Beccaria (2000) formula uma ideia de proporcionalidade entre as penas e os crimes correspondentes, de forma que uma pena excessivamente cruel não contribuiria de forma alguma para a apuração da verdade e para a adequada sanção do delito, visto que tornaria quem pune tão cruel quanto quem está sendo condenado, seguindo o raciocínio, o autor nos mostra a necessidade do caráter das penas seguirem o avanço da humanidade, vejamos:

São necessárias impressões fortes e sensíveis para impressionar o espírito grosseiro de um povo que sai do estado selvagem. Para abater o leão furioso, é necessário o raio, cujo ruído só faz irritá-lo. Mas, à medida que as almas se abrandam no estado de sociedade, o homem se torna mais sensível; e, se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas devem ser menos rigorosas. (BECCARIA, 2000)

Nesta concepção, observa-se hoje que a prisão e a aplicabilidade das penas não é solução para a diminuição da violência social, mas sim parte do problema, e mais, até mesmo dentro do próprio sistema carcerário, o ato de atribuição de penas severas também não é capaz de redimensionar uma possível diminuição das práticas de violência inclusive dentro das prisões.

Os recentes desdobramentos em matéria de controle do crime e da justiça criminal são intrigantes porque envolvem uma súbita e perturbadora subversão do padrão histórico assentado. Mostram uma aguda descontinuidade que reclama explicação. Os processos modernizantes que, há tão pouco tempo, pareciam sedimentados neste domínio – acima de todas as tendências de longo prazo que apontavam para a “racionalização” e para a “civilização” – agora aparentam ter engatado a “marcha à ré”, A reaparição, na política oficial, de sentimentos punitivos e de gestos expressivos, que parecem estranhamente arcaicos e absolutamente antimodernos, tende a confundir as teorias sociais comuns sobre a punição e seu desenvolvimento histórico. Nem mesmo o mais criativo leitor de Foucault, Marx, Durkheim e Eliás poderia prever estes desdobramentos recentes, e certamente nenhuma previsão deste tipo jamais surgiu. (GARLAND, 2008, p.44)

Entidades de sociedade civil denunciaram o Estado Democrático brasileiro de direito social que, por sua vez, adota uma política institucional de encarceramento em massa; situação que faz com que a população detida triplique, isso ocorre desde meados de 2000 - hoje são cerca de 622 mil presos – além disso, tem-se a conivência para com a prática de tortura e violação sistemática de direitos humanos dentro das prisões. A denúncia fora levada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão responsável por promover o respeito aos direitos humanos no continente. Mais de 120 (cento e vinte) detentos morreram em prisões brasileiras neste ano. “Colocar mais gente na cadeia não está resolvendo o problema da criminalidade, mas segue sendo a política principal do Brasil”, diz James Cavallaro, responsável pela Relatoria de Direitos de Pessoas Privadas de Liberdade da CIDH. (TREVISAN, 2017)

É perfeitamente perceptível que, presenciamos em nossa contemporaneidade uma política de cunho nefasto, irradiadora do encarceramento em massa e superlotação nas prisões. Se pudéssemos apontar culpados, quem os seriam: o Estado com o

exercício de todo o seu poder punitivo (*jus puniendi*) ou a própria sociedade com a máxima “lugar de bandido é na cadeia”, “bandido bom é bandido preso” e ainda, “punição severa faz bandido tocar piano”? É da extração destas máximas que cabe-nos uma reflexão, ou seja, o que se observa é que a questão carcerária no Brasil é reduzida a uma mera equação que correlaciona o controle penal junto à exclusividade do mero encarceramento – aplicabilidade severa da prisão.

Em conformidade a esta (s) máxima (s) deveras hegemônica de implementação severa do encarceramento, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) lançou, em 2011 o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária propondo mudanças e descrevendo o atual panorama penal reduzido a:

[...] apoiar o endurecimento penal, aumentar as taxas de encarceramento, adotar o modelo de superprisões, ignorar a seletividade penal, idolatrar a pena privativa de liberdade, eleger as facções criminosas como problema central, apoiar a privatização do sistema penal, combater apenas a corrupção da ponta, judicializar todos os comportamentos da vida, potencializar o mito das drogas, enfraquecer e criminalizar os movimentos sociais e defensores de direitos humanos e considerar o sistema prisional adjacente e consequente das polícias. (CONSELHO Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, p. 1)⁴

Nesta contemplativa, estaríamos nós aplicando uma prática estritamente errônea para com nossos reeducandos ou reabilitandos, desafiadores ou transgressores da lei e da ordem nacional? Talvez pudéssemos reverter tal problemática e pensarmos, enquanto

⁴ O plano teve o intuito de propor uma nova direção para mudanças no sistema penal, qual seja, “criar uma nova espiral, da cidadania e da responsabilização: reduzir as taxas de encarceramento, descriminalizar condutas, ter modelos distintos de prisões para cada segmento, combater a seletividade penal, buscar menos justiça criminal e mais justiça social, investir na justiça restaurativa, empoderar a população para busca de solução dos conflitos, priorizar as penas alternativas à prisão, eleger o sistema prisional como problema central, fortalecer o Estado na gestão do sistema penal, combater todos os níveis da corrupção, enfrentar a questão das drogas nas suas múltiplas dimensões (social, econômica, de saúde, criminal), fortalecer o controle social sobre o sistema penal e ter política, método e gestão específica para o sistema prisional” (CONSELHO Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, p. 1).

cidadãos políticos na possibilidade de um maior investimento junto à construção de sistemas prisionais mais decentes. As prisões brasileiras hoje e sempre, mostraram-se como ambientes estritamente degradantes, que além da falta de assistência jurídica, é composta por um sistema (polícia – representantes do Ministério Público – Juízes) que corrobora para com a superlotação dos presídios. Pecam pelo excesso que a sociedade clama (maior punição) por não conhecer as formas de aplicabilidade de tais meios ou pela não humanização dos aplicadores da lei, oriundos de uma formação acadêmica deficitária no sentido pleno da educação bancária, contrária às práticas freireanas (FREIRE, 2011), formadora de profissionais estritamente positivados (dogmatizados) ao extremo em prol do cumprimento de suas metas profissionais junto ao exercício de seus altos cargos em prol de promoções pessoais? Estaria os representantes do judiciário vivenciando o afastamento da coletividade em prol do individualismo, o “EU” filosoficamente gritante de que o que vale são os meus interesses e não os dos outros, mesmo quando representantes máximos do acesso, garantia e tutela à justiça?

Muitos Tribunais usam o termo “ressocializar” como termo encarcerador. O tema ressocialização é muito perigoso porque é legitimador da prisão. Quando eu digo que a prisão vai servir para alguma coisa, eu estou legitimando essa atividade punitiva. Nenhuma prisão no mundo ressocializa ninguém. A pessoa pode se ressocializar sem prisão, com prisão e apesar da prisão. O discurso ressocializador está sendo usado para encarcerar. Na minha pesquisa, em cada 100 acórdãos que usavam o termo ressocialização, 60 usavam para encarcerar, aumentar ou agravar pena, mesmo todos sabendo que a prisão não ressocializa. Como eu posso dizer para um cidadão que eu vou colocá-lo na prisão para ressocializá-lo? Soa até ridículo. Não podemos punir dessa forma, com um argumento desfeito pela realidade. Se chegássemos ao ponto de dizer: “Olha, a prisão não é para ressocializar, é para te prender pelo que você fez, para te punir”, seria um grande avanço; contanto que levássemos em consideração o princípio constitucional, fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana. O mínimo que se deveria fazer era respeitar a dignidade da pessoa humana. Isso já estaria ótimo. A gente não respeita nem a dignidade, quanto mais possibilitar a ressocialização de alguém. (PASTANA, 2014, p. 141)

O aprisionamento causa uma falsa sensação de segurança, que, na verdade causa impactos nocivos à vida dos reeducandos, bem como provoca grandes abalos nas escassas estruturas

familiares ainda existentes, afinal o aprisionamento cerceia possibilidades de reinserção social e de exercício de cidadania futura. O encarceramento hoje, é a representação máxima de uma fábrica de criminosos. Ressocializar com prisão? O aumento de pessoas encarceradas representa o combate à criminalidade?

[...] a função latente e real do sistema não é combater a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica, mas, ao invés, construir seletivamente a criminalidade e, neste processo, reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça). Mas é precisamente o funcionamento ideológico do sistema – a circulação da ideologia penal dominante entre os operadores do sistema e no senso comum ou opinião pública – que perpetua a “ilusão de segurança” por ele fornecida, justificando socialmente a importância de sua existência e ocultando suas reais e invertidas funções. Daí apresentar uma eficácia simbólica sustentadora da eficácia instrumental invertida. Nesta esteira, refiro-me a uma dupla inversão, a saber, preventiva e garantidora do sistema penal. (ANDRADE, 2003, p. 133)

Perfaz-se imprescindível destacarmos que, o Direito é uma ciência viva, quer seja, é a ciência da realidade, da cultura que precisa ser reinterpretada para que, tanto o acesso à justiça quanto às suas formas de repressão, sejam combatidas com maior eficácia. A solução seria: tudo é prisão?

Cabe-nos ainda salientar que, se a prisão que está na Lei de Execução Penal existisse de fato nada disso ocorreria. Só que aquela prisão que está na lei não existe, e o profissional do Direito não percebe isso. Ele trabalha com papel; crime tal tem pena tal, e esta primordialmente é a prisão. Ele não percebe que essa prisão do papel não existe. Toda prisão no Brasil é ilegal. Porque se a prisão que está na lei não existe, a que aplicamos na realidade é ilegal.

3 O ATO DE EDUCAR COMO ARMA CIDADÃ RESSOCIALIZADORA: DESCARACTERIZAÇÃO DA PRISÃO

Quando ele já não estende o raio visual pelo horizonte do invisível, quando sua visão tem por limite a do nervo ótico, é que o coração, já esclerótico, ou degenerescente, e saturado nos resíduos de uma vida gasta no mal, apenas oscila mecanicamente no interior do arcaboço, como pêndula de relógio abandonado, que agita, com as

derradeiras pancadas, os vermes e a poeira da caixa. Dêle se retirou a centelha divina. Até ontem lhe banhava ela de luz todo esse espaço, que nos distancia do incomensurável desconhecido, e lançava entre este e nós uma ponte de astros. Agora, apagados esses luzeiros, que o inundavam de radiosa claridade, lá se foram, com o extinto cintilar das estrelas, as entreabertas do dia eterno, deixando-nos, tão-somente, entre o longínquo mistério daquele termo e o aniquilamento da nossa miséria desamparada, as trevas de outro éter, como esse que se diz encher de escuridão o vago mistério do espaço. (Trecho de Rui Barbosa, Oração aos Moços)

A educação sempre foi e sempre será o meio condutor de melhor formação das condutas humanas, seja no que tange a formação de caráter quanto ao que tange às construções intelectivas humanas. Neste contexto, é passível de se observar que a aplicabilidade das ações educativas junto aos ambientes carcerários deve ser tratada mediante um novo olhar, quer seja, com um enfoque, voltado ao interesse social, bem como ao poder público.

A garantia de uma boa educação é uma forma de **ressocializar** as pessoas condenadas à prisão. Ela possibilita que, ao retornar à sociedade após quitar sua dívida com a justiça, os ex-presidiários tenham outras opções que não o regresso à criminalidade. Uma boa formação profissional e educacional proporciona melhores alternativas de inserção social e de remuneração, prevenindo a reincidência. Além disso, a educação **diminui significativamente a ocorrência de rebeliões** dentro dos presídios, promovendo atividades de interação e reflexão que oferecem melhores perspectivas acerca do futuro. A adesão dos presos a uma modalidade de educação é ainda uma forma de **reduzir o tempo da pena** cumprida e, por consequência, uma maneira de diminuir a superlotação dos presídios. Isso porque a Lei de Execução Penal determina que 12 horas de frequência escolar equivalem a um dia a menos de pena. Além disso, o tempo descontado em função das horas de estudo é acrescido de 1/3 nos casos de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. (SOUZA, 2017)

Nesta propositura acadêmica ressalta-se que a educação deve ser tratada não em sua forma secundária, mas sim, primeira e mais, pontual junto ao exercício de prevenção inclusive de reincidências, pois os métodos educativos aplicados no ambiente carcerário têm eficácia junto ao processo de ressocialização dos condenados. Importante ressaltar que, tal perspectiva não deve ser

calcada junto ao alicerce de que se o reabilitando estuda e ele terá uma diminuição em sua pena a ser cumprida (remição), mas sim de que todos, reeducandos ou não, temos e somos capazes de nos transformarmos em constância junto à aplicabilidade dos métodos didáticos de ensino/aprendizagem – ensinabilidade das virtudes (FREITAG, 1999).

Os valores vão existir e mudar conforme o momento e as condições da vida individual e social. Segundo estudos filosóficos, o valor, no sentido objetivo, consiste em ser desejado ou estimado por uma pessoa ou um grupo. No sentido objetivo, é uma qualidade inerente ao ser, levando em conta as necessidades do homem e a sua satisfação. Em uma sociedade cada vez mais egoísta, individualizada e violenta, precisamos preocupar-nos com a aprendizagem de valores. Os valores humanos aprendemos ao longo de nossas vidas com nossos pais, professores e amigos, convivendo com todos no decorrer do nosso dia a dia.

Valores aprendemos desde o primeiro dia de nossas vidas. É importante ter apreço e respeito à natureza, à cultura, às raças, às etnias, à vida etc. Sabemos que as pessoas são diferentes, mas todas possuem uma identidade e uma história de vida.

Logo, é preciso destacar que acreditamos que valores são qualidades notórias nas relações sociais, as pessoas não nos são indiferentes e estamos em permanente contato com os outros, permitindo-nos constatar que os valores estão presentes “no esforço humano da valorização” (Pierre Furter) e eles existem quando agimos nas ações valorativas, concretas e reais. É necessário que toda agência de educação, família e escola, ensinem e demonstrem valores, destacando que todos são iguais perante a Lei, com direitos, mas com deveres que deverão ser praticados e cumpridos buscando uma sociedade mais justa e igualitária. Merece destaque alguns valores que são fundamentais ao bem-estar social: harmonia nas relações com as pessoas, proteção às crianças, aos idosos e aos desprotegidos, porque necessitam de carinho para o crescimento e desenvolvimento humano em todos os seus aspectos; respeito às leis sociais, tão necessárias para a vida em sociedade; outro valor importante e tão fácil de ser praticado é a solidariedade e à proteção ao patrimônio público e privado. Portanto, com atitudes construtivas, afetivas e fraternas, seremos capazes de atender aos objetivos da sociedade, proporcionando o bem-estar social. Cabe à família, à escola e à todos que vivem coletivamente cuidar, criar e proporcionar o conhecer, o fazer, o viver, o conviver valores, e assim conseguiremos capacitar a todos para uma vida de respeito a si e, principalmente, ao social. (PINOTTI, 2018)

Os arcaicos métodos repressivos, altamente autoritários, podem até ser úteis como meio de controle, mas já demonstraram-se

ineficazes junto à educação (palmatória) e junto ao combate à criminalidade e à violência, o que fica demonstrado pelos altíssimos índices de reincidência no país – aprender com medo? Reabilitar com medo? – Seria isso uma fonte de cultura? Pressuposições silenciosas de cunho cultural corroboraram no tempo de maneira imune dando-nos a errônea impressão de que a cultura:

No sentido de refinamento, aculturação, é uma entidade ou processo estabelecedor de ordem; e que, portanto, as normas promovidas ou instaladas por meio da cultura são (ou pelo menos deveriam ser) coerentes e não-contraditórias, tal como a própria ordem; se acontece de não o serem ditórias, tal como a própria ordem; se acontece de não o serem – essa é uma situação anormal e mórbida, que necessita de corretivo e retificação. Sendo a cultura um sistema coerente de prescrições e proscricções, somente podem pertencer aos sistemas as normas e artefatos culturais que sejam indispensáveis à auto-reprodução do sistema; se deparamos com uma norma ou um artefato, temos então o direito a perguntar que papel isso desempenha no sistema; e não conseguimos determinar-lhe uma função, devemos presumir que a norma ou o artefato em questão é um resíduo de um estado anterior do sistema, agora inútil e destinado a desaparecer – ou uma inserção estranha, desintegradora da engrenagem do sistema. Que o sistema cultural possui uma “estrutura”, sendo uma variedade impessoal de estrutura encontrada em todas as “fábricas de ordem”: analogamente à mesa de controle ou aos “objetivos da organização”, deve haver um “sistema de valores centrais” no topo do sistema cultural – e tudo no sistema, até a base, deve ser considerado a particularização e aplicação de tais valores. (BAUMAN, 1998, p.164)

Os fenômenos culturais mudaram drasticamente, hoje o reencarnar o mundo e a vida em sociedade não pode entrar em colapso, diante disso, ressaltamos mais uma vez que a busca pelo conhecimento pode ser a prática de solução junto aos sistemas carcerários brasileiros, não por sua ordem impositiva ou imperativa, o ato obrigatório do aprender a aprender, mas sim que por intermédio das pressuposições tácitas a aprendizagem pode mudar e formar mentes pensantes, livramentos e até mesmo tornar-se uma fonte de extirpação dos fenômenos valorativos marginais que a sociedade tanto julga e pune sem quaisquer restrições humanas/fraternas.

Os reeducandos, após cumprirem suas penas, encontram-se em uma situação de vulnerabilidade que se mostra gritante, dado que o processo de ressocialização e preparação para a reinserção social estigmatiza, desprepara e amplia as dificuldades de uma possível

reinserção social. A execução da pena implica uma relação jurídica entre o Estado e o condenado, da qual se irradiam, em ambos os lados, direitos e obrigações, será que a grande massa social tem conhecimento disso?

São deveres do condenado: a) comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença; b) obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; c) urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; d) conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina; e) execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas; f) submissão à sanção disciplinar imposta; g) indenização à vítima ou aos seus sucessores; h) indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; i) higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; j) conservação dos objetos de uso pessoal. (CAPEZ, 2007, p.41)

Nós membros da sociedade necessitamos demonstrar que, até mesmo os “presos” são sujeitos de direito com reais possibilidades de ascensão e integração à sociedade, dotados de aspirações, anseios e grandes expectativas. Todos somos seres humanos, aos quais temos o dever ser de mudança – instinto natural e fraterno. Nem sempre todos mostram-se dispostos à tais mudanças, mas devemos oferecer possíveis alternativas aos que possuem tal interesse. Como sujeitos de direitos a Lei de Execuções Penais salienta:

A Lei de Execução Penal, a esse respeito, enumerou uma série de direitos aos presos e internados, a saber: a) alimentação suficiente e vestuário; b) atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; constituição de pecúlio; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; f) exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; g) assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; h) proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; i) entrevista pessoal e reservada com o advogado; j) visita do cônjuge, da companhia, de parentes e amigos em dias determinados; k) chamamento nominal; l) igualdade de tratamento, salvo quanto às exigências da individualização da pena; m) audiência especial com o Diretor do estabelecimento; n) representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; o) contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação

que não comprometam a moral e os bons costumes. (CAPEZ, 2007, p. 42)

Com toda ascensão de progresso social que enfrentamos diariamente em nossa contemporaneidade, o mercado de trabalho tem se mostrado cada dia mais exigente para todos, imagine para um ex-detento, um verdadeiro entrave, que têm sobre si todo um preconceito oriundo de uma sociedade valorada moralmente que a todos julga sem dó nem piedade. Tal preconceito vem arraigado às veias sociais desde sempre e, isto pode causar uma situação de exclusão social. Há também a possibilidade de que tais transgressores da lei já sejam pessoas excluídas socialmente antes mesmo de ingressar em uma instituição penal, quer seja por suas condições sociais, particularizadas, fruto dos grandes problemas sociais, desemprego, falta de habitação, descontrole da natalidade, dentre outros.

Os olhares da sociedade hoje devem-se voltar a uma propagação de projetos educacionais que valorizem as aptidões dos detentos e desenvolva nos mesmos suas potencialidades, possibilitando aos mesmo uma mobilidade social, ao torná-los aptos ao mercado de trabalho, resgatando-os a autoestima e a consciência de si como um ser humano, capaz, digno e autônomo.

O trabalho com projetos educacionais propicia a atividade coletiva e cooperativa, permitindo ao aluno vivenciar múltiplas relações reais para firmar-se como sujeito. O resultado de um projeto educacional proporciona ao aluno vivenciar, por exemplo, a experiência positiva do confronto com o outro, saber se comprometer com suas decisões e suas escolhas, saber planejar suas ações, ou seja, um projeto educacional tem por finalidade fazer com que se aprenda a assumir responsabilidades, ser agente de seu aprendizado produzindo algo com sentido, compatível e viável a sua realidade. [...] Trabalhar com projetos significa uma transformação para os alunos, na qual eles deixam de seguir ordens e passam a executar atividades de aprendizagem direcionadas por eles mesmos; deixam de memorizar e repetir e passam a descobrir, integrar e apresentar; deixam de ouvir e reagir e passam a comunicar e assumir responsabilidades; não se trata só do conhecimento de fatos, termos e conteúdo, mas sim de compreender os processos; passam da teoria à aplicação da teoria. (PAIVA, 2016)

O implemento da educação junto aos sistemas prisionais brasileiros, tem se demonstrado como coadjuvantes às práticas

ressocializadoras dos sujeitos de direito, aos quais possuem a privação de sua liberdade. O ato de educar insere, forma e inclui à cidadania. Estimulam as práticas ditas junto aos regramentos humanos – direitos humanos. Cabe ainda, ressaltar que todos possuem como garantia o direito à educação com previsão em nossa Carta Magna.

A educação é um direito humano que deve ser garantido a todos. É isso que diz o artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Segundo esse documento, toda pessoa tem direito à instrução gratuita nos graus elementar e fundamental, orientada para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e para o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Tratar a educação como um direito humano significa que ela não deve ser limitada à condição social, nacional, cultural, de gênero ou étnico-racial da pessoa. A promoção do bem de todos sem distinção ou preconceitos é também garantida pelo artigo 3º da Constituição Federal. Além disso, o artigo 10 da Lei 7.210/1984, conhecida como **Lei de Execuções Penais**, garante a assistência ao preso como um dever do Estado, que deve garantir assistência material, jurídica, à saúde, social e educacional ao preso internado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. O direito à educação escolar nas prisões foi também estabelecido, em 2010, pelas **Diretrizes Nacionais para a Oferta de Educação para Jovens e Adultos em Situação de Privação de Liberdade nos Estabelecimentos Penais**. Essas diretrizes garantem a oferta de professores qualificados e a certificação e continuação dos estudos. Um dos fatores que torna a formação educacional dentro das prisões extremamente necessária é a baixa escolaridade apresentada pela maioria dos presos. (SOUZA, 2017)

Desta feita, ressalta-se que a educação tem o condão de resgatar a dignidade do reeducandos tornando-os mais suscetíveis junto ao entendimento das práticas cidadãs, possibilitando uma melhor ressocialização, intuito primeiro da Lei de Execuções Penais brasileira – Lei nº 7.2010/84.

CONCLUSÃO

Eis o de que nos há de preservar a justiça brasileira, se a deixarem sobreviver, ainda que agredida, oscilante e mal segura, aos outros elementos constitutivos da república, no meio das ruínas, em que mal se conservam ligeiros traços da sua verdade. Ora, senhores, esse

poder eminentemente necessário, vital e salvador, tem os dois braços, nos quais agüenta a lei, em duas instituições: a magistratura e a advocacia, tão velhas como a sociedade humana, mas elevadas ao cem-dobro, na vida constitucional do Brasil, pela estupenda importância, que o novo régimen veio dar à justiça. Meus amigos, é para colaborardes em dar existência a essas duas instituições que hoje saís daqui habilitados. Magistrados ou advogados sereis. São duas carreiras quase sagradas, inseparáveis uma da outra, e, tanto uma como a outra, imensas nas dificuldades, responsabilidades e utilidades. Se cada um de vós meter bem a mão na consciência, certo que tremerá da perspectiva. O tremer próprio é dos que se defrontam com as grandes vocações, e são talhados para as desempenhar. O tremer, mas não o descorçoar. O tremer, mas não o renunciar. O tremer, com o ousar. O tremer, com o empreender. O tremer, com o confiar. Confiai, senhores. Ousai. Reagi. E haveis de ser bem-sucedidos. Deus, pátria e trabalho. Metei no regaço essas três fés, esses três amores, esses três signos santos. E segui, com o coração puro. Não hajais medo a que a sorte vos ludibrie. Mais pode que os seus azares a constância, a coragem e a virtude. Idealismo? Não: experiência da vida. Não há forças, que mais a senhoreiem, do que essas. Experimentai-o, como eu o tenho experimentado. Poderá ser que resigneis certas situações, como eu as tenho resignado. Mas meramente para variar de posto, e, em vos sentindo incapazes de uns, buscar outros, onde vos venha ao encontro o dever, que a Providência vos havia reservado. Encarai, jovens colegas meus, nessas duas estradas, que se vos patenteiam. Tomai a que vos indicarem vossos pressentimentos, gostos e explorações, no campo dessas nobres disciplinas, com que lida a ciência das leis e a distribuição da justiça. Abraçai a que vos sentirdes indicada pelo conhecimento de vós mesmos. Mas não primeiro que hajais buscado na experiência de outrem um pouco da que vos é mister, e que ainda não tendes, para eleger a melhor derrota, entre as duas que se oferecem à carta de idoneidade, hoje obtida. (Trecho de Rui Barbosa, Oração aos Moços)

O Direito, por mais incrível que possa parecer, ainda hoje, frente a cultura ocidental, continua entremeado pelos princípios da liberdade e da igualdade, devido aos pilares evocados pela modernidade, dando-nos a impressão de que o princípio da fraternidade tenha ficado de fora. Tal fenômeno demonstra a dificuldade dos operadores do Direito em aplicar tão importante princípio junto às práticas jurídicas que se mostram tão positivadas e dogmatizantes junto à ensinabilidade jurídica das universidades.

A atualidade requer de todos nós um novo olhar, mesmo que paradigmático, ou cravado por paradigmas que reivindicam novas formas de aplicabilidade para que se obtenha uma fiel aplicabilidade do Direito frente aos anseios sociais e aí está a presença da fraternidade. A fraternidade tem se mostrado como de tamanha

importância no campo jurídico e em todas as esferas, nas relações interpessoais e até mesmo nas relações internacionais, são representações reivindicadoras de novas possibilidades de trabalhar/aplicar o Direito Contemporâneo.

É prudente que para a plena aplicabilidade do Direito, devemos obedecer obrigatoriamente alguns princípios fundamentais basilares, principalmente no que tange à prática dos desregramentos penais, o que faz com que fundamentemos tal problemática aqui proposta, quer seja a aplicabilidade e a reverência ao princípio da fraternidade junto às práticas de ressocialização junto aos sistemas punitivos brasileiros. A sua aplicabilidade pode não representar e nem resolver efetivamente, concreta e absolutamente todos os conflitos sociais com seriedade, protegendo os bens sociais aos quais a sociedade julga como sendo de maior importância para o convívio social, até mesmo porque a sociedade hoje mostra-se individualizada com pensamento focado nos seus próprios “EUS”. Diante disso, atribuímos a fraternidade uma possibilidade, não puramente filosófica ou meramente principiológica, mas sim como uma oportunidade de melhoria às condições de aplicabilidade das penas, na qualidade de vida dos reeducandos e na reconstrução de novas identidades para o retorno sadio junto ao meio social, tão valorativo e julgador.

Mediante a proposição da educação junto ao sistema carcerário punitivo brasileiro acreditamos piamente na possibilidade de formação fraterna do indivíduo que, se um dia transgrediu a lei, possua uma possibilidade de regresso distinta e honesta, dando ênfase inclusive as novas tendências jurídico-criminais tais como a aplicabilidade do Direito Penal do Equilíbrio.

Ao transgressor da lei cabe a aplicabilidade da pena, isso é inegável a milhares de séculos, mas por que não transmutamos tal prática punitiva numa maneira menos severa e mais concreta em plenitude garantista de direitos, cumpridora de deveres, por óbvio, mas que contemple junto ao interior das prisões melhores condições, tendo o ato de educar senão o mais importante, o primordial à reabilitação.

Para isso necessitamos edificar uma sociedade mais fraterna, que não seja arraigada em demasia de aspectos puramente conceituais, bem como classificações acerca da análise da natureza humana. O Direito é interdisciplinar, uma vez descumprida a lei, siga a máxima: puna-se! Mas que este punir venha como forma de pensamento focado no “nós” e não no “eu” individualizado.

Tratar do sistema carcerário com ênfase na fraternidade é muito mais do que dar primazia a uma perspectiva que, pautadas na liberdade, igualdade e fraternidade entre os seres humanos, nada faz, nada garante, nada edifica. Tais pilares fundadores da Modernidade Jurídica Clássica mostraram-se suficientes para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária? Tal resposta está diante dos nossos olhares cotidianamente, não erradicamos a pobreza, não proporcionamos o bem comum, não combatemos os preconceitos de raça, cor, origem, sexo, idade, muito menos quaisquer outras formas de discriminação. Existem culpados?

Sim! Nós! Todos nós somos propagadores de um individualismo crescente que, enaltecidos pela premissa “cidadania” acreditamos piamente que cumprimos nosso papel perante à sociedade, mas estamos nos esquecendo ou fechando os olhos aos desamparados de um Estado dito democrático e social. Onde está presente a dignidade humana nas ruas? Quiçá dentro das prisões onde encarcerados vivem diariamente de forma degradante por transgredirem a lei. Todos estamos expostos a isso.

Que juntos ressaltemos à dignidade humana em fraternidade ao próximo, que juntos busquemos alteridades jurídicas junto aos atos de aplicabilidade das leis nas prisões, afinal estamos tratando de seres humanos, dotados de direitos e deveres, e a nós, cabe proporcionar-lhes um dos direitos mais preciosos que temos além da vida, a educação.

O ato de educar transcende valores, exala essências em profundidade dos “EUS”, é uma das maiores fontes constitucionais que, norteiam a vida de quem quer que seja, o homem cidadão respeitoso, digno e honrado perante a lei, quanto àquele visto como o transgressor amaldiçoado frente as imposições coativas cada vez mais degradantes da sociedade contemporânea.

A educação e a fraternidade em conjunto formam e transformam valores cidadãos e atribuem potenciais de novas essências à vida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo versus cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

ARISTOTELES. **Política**. Trad. por Mário da Gama Kury. Brasília: UnB, 1985.
BALMAN, Zygmunt. **O mal-estar da sociedade pós-moderna**. Rio de Janeiro: Zahar. 1998.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Disponível em:
http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf , último acesso em 24/07/2018.

BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret. 2000.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. **A persistência do ódio na sociedade brasileira**. 2005.
Disponível em: http://www.jb.com.br/leonardo-boff/noticias/2016/02/02/a-persistencia-do-odio-na-sociedade-brasileira/?from_rss=None, último acesso em 19/07/2018.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF, 1988.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CÁCERES, André. **A influência de Jacques Maritain para a declaração universal dos direitos humanos**. 2018. Disponível em:
<https://alias.estadao.com.br/noticias/geral,a-influencia-de-jacques-maritain-para-a-declaracao-universal-dos-direitos-humanos,70002266068>, último acesso em 17/07/2018.

CAPEZ, Fernando. **Execução penal**. 13 ed. São Paulo: Damásio de Jesus. 2007.

CONSELHO Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. – 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. São Paulo: Paz e Terra. 2011.

FREITAG, Bárbara. **O indivíduo em formação: diálogos interdisciplinares sobre educação**. São Paulo: Cortez. 1999.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Tradução e notas por Ivo de Paula. São Paulo: Editora Pillares, 2009.

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do Homem e a Lei Natural**. Tradução de Afranio Coutinho. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1942.

PAIVA, Newton. **Projetos educacionais importância e benefícios**. 2016.
Disponível em:

http://www.wikijournal.com/jornalparaescola/Artigo.asp?id=13068&d=projetos_educacionais_importancia_e_beneficios , último acceso em 28/07/2018.

PASTANA, Débora Regina. **Encarceramento em massa no Brasil**: um estudo de caso no cidade mineira de Uberlândia. 2014. Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/198/134>, último acesso em 26/07/2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: desafios e perspectivas contemporâneas**. Riv. TST, Brasília, Vol. 75, n° 1. Jan/Mar, 2009.

PINOTTI, Sônia A. G. **aprendizagem de valores**: como aprender valores. 2018. Disponível em: <http://www.uniara.com.br/cop/artigos/aprendizagem-de-valores-como-aprender-valores/>, último acesso em 28/07/2018.

POZZOLI, Lafayette; LACERDA, Luana Pereira. **Declaração Universal dos Direitos Humanos: a visão de Jacques Maritain**. Ver. Brasileira de Filosofia do Direito. Maranhão, v.3, n.2, p.91-109. Jul/Dez, 2017.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RICHARDSON, Roberto Jarry; **Pesquisa Social**: Métodos e Técnicas. São Paulo: Atlas, 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**, 1757. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

RUI, Barbosa. **Oração aos moços**. São Paulo: Edipro. 2001.

SILVIO, Lívio Paulinho Francisco. **Dos delitos e das penas**: Beccaria e a moderação das penas. 2011. Disponível em: <https://naletradalei.wordpress.com/2011/08/22/dos-delitos-e-das-penas-beccaria-e-a-moderacao-das-penas/>, último acesso em 19/07/2018.

SOUZA, Isabela. **Educação no sistema prisional: por que a educação pode ser importante para resolver a crise nas prisões**. 2017. Disponível em: <http://www.politize.com.br/educacao-nas-prisoos/>, último acesso em 29/07/2018.

TREVISAN, Cláudia. **OEA recebe denúncia de prisões no Brasil**: entidades da sociedade civil acusam governo de adotar política e encarceramento em massa. 2017. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,oea-recebe-denuncia-sobre-prisoos-do-brasil,70001710352> , último acesso em 27/07/2018.

TOSI, Giuseppe. **Direitos humanos: história, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2005.

UNESCO. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: julho, 2018.

DA CRISE DO PARADIGMA DOMINANTE DO DIREITO QUANTO A PERSPECTIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS SUPRANACIONAIS: EM BUSCA DE HARMONIAS COMUNITÁRIAS

Bruno Milenkovich Caixeiro¹

Kelvin Nascimento Garcia²

Rogério Cangussu Dantas Cachichi³

INTRODUÇÃO

Diante da instabilidade internacional concebida pela possibilidade de ofensas à autonomia da vontade, que decorre da soberania popular e constitucional, bem assim da noção de liberdade e de igualdade coletivas, no estabelecimento das ordens jurídicas dos Estados, é constatada a necessidade de verificação de fundamentos para analisar o atual modo de estruturação das relações que as nações podem estabelecer e o oferecimento de respostas ou

¹ Docente do Departamento Acadêmico de Direito do Campus “Professor Francisco Gonçalves Quiles” de Cacoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR. Bacharel em Direito (2005) e Mestre em Teoria do Direito e do Estado (2008) pelo UNIVEM – Centro Universitário “Eurípides” de Marília. Advogado.

² Graduando em Direito pelo Departamento Acadêmico de Direito do Campus “Professor Francisco Gonçalves Quiles” de Cacoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR.

³ Membro dos Grupos de Pesquisa (GT) políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP), CPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP) e Investigação acerca de sistemas formais capazes de representar as intuições temporais do português (UEL). Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL. Mestrando em Direito (UNIVEM). Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR.

alternativas, ainda que especulativas, destinadas à resolução das possíveis problemáticas emergentes.

Verifica-se que as ordens jurídicas dos Estados são norteadas pela concepção paradigmática jurídica de Kelsen (1998), que propôs a “Teoria Pura do Direito” como baliza para a promoção teórica e de organização jurídicas, reconhecida pela doutrina majoritária da teoria geral do Direito como paradigma dominante, e que apresenta a formação do Direito internacional com base na soberania constitucional por colocar à disposição a visualização tão somente nacionalizada do Direito.

Dessa forma, se a soberania constitucional, traduzida por uma norma fundamental própria e que traduz uma vontade social organizativa anterior, é ignorada por Estados soberanos em ações estatais que apresentem a imposição de vontades, torna-se necessário questionar a validade dos fundamentos do referido aspecto (não empírico!) do paradigma dominante do Direito e especulação de novos modelos.

Ainda, a análise mencionada é necessária considerando a inexistência de qualquer autoridade supranacional capaz do oferecimento de alguma tutela jurisdicional efetiva diante de questões problemáticas de conflitos, o que resulta na necessidade de superação de falhas do paradigma dominante do Direito, que ainda orienta a forma de organização dos Estados, e encontrar paradigmas emergentes de Direito, por ser este idealizado tão somente no pleno teórico.

Para isso, a Lógica do Razoável de Siches (apud TOMASZEWSKI, 1998) contribui para a análise com a possibilidade de questionamentos à lógica tradicional, utilizadas pelo paradigma dominante do Direito (KELSEN, 1998), por meio da construção de um saber jurídico pautado em conteúdos inadmitidos pela concepção kelseniana para a ciência jurídica pura, a partir de elementos extraídos axiologia, da história da cultura jurídica e da tradição do Direito e a verificação de modelos; é acompanhada, ainda, de uma análise jusfilosófica, pelo emprego do enfoque zetético analítico puro de investigação (FERRAZ JR, 2016) e de um estudo exploratório com base em revisão bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

Estabelecer e definir o que realmente é o Direito, certo seu papel de contribuição a organização social mediante a prescrição de formas resolutivas a conflitos de interesses que emirjam de relações possíveis, tanto para a ordem interna dos países, quanto para as relações internacionais, exige, diante da complexidade e da gama de fenômenos que podem interferir nessas hipóteses, como a globalização, a reunião dos conhecimentos, referenciais e informações estabelecidas como idôneas acerca do desenvolvimento histórico da humanidade e seus valores culturais, alijados com axiologia e compreensão de formações estruturais do que se constituiu como elementos com o fim de instituir a ordem e pacificação coletivas, entre outros fatores.

Nesse sentido, se considerada a complexidade diante da qual são dadas as relações entre Estados, indaga-se se o Direito, tal qual é estabelecido teoricamente no mundo (principalmente em sua parte ocidental), considerando a lógica tradicional, que continua majoritária na orientação à produção do Direito, acompanha a realidade de cada país e os acontecimentos, bem como se oferece um poder jurisdicional capaz de promover alguma tutela.

Esta análise tem início no reconhecimento de que a lógica tradicional do Direito (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 122-123), que objetiva estabelecer uma pureza teórica em detrimento de construções de análises valorativas a partir de diversos campos dos saberes, que, em consequência, apresenta excesso de rigores a formalismos, apresentando incapacidade de previsão de fenômenos e de oferecimento de hipóteses de resolução de problemáticas, possibilita a formação de questionamentos.

Ao contrário, a Lógica do Razoável (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 122-123) oportuniza realizar uma análise da história, que oferece subsídios empíricos para a compreensão de fenômenos e de problemáticas jurídicas de tal modo a subsidiar o estabelecimento, a interpretação e a aplicação do Direito em conformidade com a realidade prática já protagonizada em experiências humanas, bem como a proposição de resoluções por meio da decidibilidade, atividade pertinente à função jurisdicional do Direito.

Ou seja, leva-se em consideração que o ato da compreensão e da reprodução de informações ou mandamentos, de forma

resumida ou posta de forma neutra, não contribui para a necessária resolução de problemáticas, o que torna necessária não apenas a compreensão, mas também a reflexão a partir dos diversos aspectos responsáveis pela organização social, como os sociais, históricos, políticos, jurídicos, econômicos, dentre outros.

O emprego da Lógica do Razoável permite o fenômeno da antecipação de resultados (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 131), o que possibilita a promoção efetiva da justiça e o alcance dos interesses e objetivos previamente estabelecidos pelos países. E, além disso, tem o mérito de reconhecer que o Direito não possui uma natureza estática e separada ou destituída de interferências, o que torna evidente a relevância de tal aspecto se considerado que a complexidade das relações entre Estados é tão grande que não comporta omissões, mas, ao contrário, necessita de orientações, ao que a lógica tradicional empregada por Kelsen (1998, p. 356) não se propõe e, em termos mais específicos, para o conflito de relações internacionais, propõe embargos econômicos e ou a declaração de guerra.

Com efeito, tanto uma, quanto outra opções, propostas por Kelsen (1998), se mostram ineficazes hodiernamente. A primeira, porque diante do contingente de países que exploram diversas atividades, é possível o estabelecimento de relação alheia a anterior; a segunda, porque a perda de vidas humanas em conflitos de guerra, não acrescenta desenvolvimento a concepção de priorização a vida e patrimônios que podem ser destruídos, e que, numa certa medida, as ordens constitucionais buscam tutelar.

Dito de outra maneira, a Lógica do Razoável (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 133-134) opera alternativamente à lógica tradicional com a construção de saberes jurídicos⁴ a partir da constatação de conceitos, contextos de problemáticas hodiernas e históricas, da relevância dos valores (axiologia), da equidade e da razoabilidade, da diversidade cultural e elementos jurídicos.

⁴ Para Revel (2005, p. 77) Foucault distingue “saberes” e “conhecimentos”: esclarece que o conhecimento é a manifestação de um processo de racionalização fixa e a identificação de conteúdos para apenas serem reproduzidos tais quais se encontram, enquanto o saber é capaz de promover, além da compreensão geral dos conteúdos objetos das análises, modificações ao sujeito do conhecimento, que passa a ser um agente, ou seja, ter papel ativo na construção do conteúdo em conformidade com a realidade.

Torna-se importante ressaltar que a Lógica do Razoável consiste em uma análise minuciosa da elaboração normativa e estrutural, de acordo com propósitos e com os fatos que envolvem ou exigem a aplicação da normatividade (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 134), considerando que o ato de construir circunstâncias com a tentativa de esconder sob aparências enganosas a realidade causa tantos danos quanto o Direito em desconformidade com o seu âmbito de incidência.

A lógica tradicional referida é majoritariamente representada pelo positivismo elaborado por Kelsen (1998), que se consiste em uma concepção paradigmática jurídica, enquanto paradigma dominante do Direito, que se propõe ao norteamento das ordens jurídicas dos países, de tal forma que suscita a especulação de condições emergentes capazes da regularização de problemáticas internacionais. Portanto, em uma teorização da ciência jurídica pura, neutra em relação às demais áreas do conhecimento e do saber, gera-se o resultado da incapacidade de compreensão e do estabelecimento de hipóteses resolutivas de problemáticas jurídicas e políticas (SICHES *apud* TOMASZEWSKI, 1998, p. 127-128) internacionais, considerando apenas a norma dada previamente tão somente ao âmbito nacional, em detrimento da axiologia, da historicidade, da economicidade e de sentidos como o de justiça.

O Direito passou a ser manifestado na forma teórica a partir do século XX, de forma a influenciar a constituição das ordens jurídica e política de diversos países, principalmente com a “Teoria Pura do Direito”, disposta e tida de modo estável e fixa por Kelsen (1998). Portanto, passou a ser doutrina disciplinadora teórica das ordens legais que estabelecem e organizam as nações, o que passou a ser concebido como o referido paradigma dominante do Direito:

Referida teoria, tida como o atual paradigma do Direito, é que norteia a estipulação e a criação do Direito para a sociedade. Isto porque serve de bússola, tanto para doutrinadores, como para juristas e, principalmente, políticos, na tentativa de abordar, “solucionando”, problemas ou conflitos sociais de ordem jurídica, isto é, respectivamente, pela interpretação, pelo proferimento e pela elaboração da ordem jurídica-estatal social, representada pelo Direito, para sociedades (CAIXEIRO, 2011, p. 102-103).

Nesse sentido, a “Teoria Pura do Direito” é tida pela doutrina majoritária da Teoria Geral do Direito⁵ como o paradigma dominante e que, nesta condição, exerce influência ao modo como o Direito internacional é concebido, ainda que compreenda tão somente a forma do Direito nacional.

Considera-se que os contextos em que é formado o poder e elemento jurídico tido como soberania é que oportunizaram a criação e o estabelecimento de um órgão que se coloca acima das sociedades e organizações sociais com o fim da manutenção da ordem e da conciliação dos conflitos sociais e ou de classes, buscando-se, invariavelmente, um sentido pacificador e de harmonia a possibilidade de emergência de conflitos de interesses. E foi com o desenvolvimento histórico que o surgimento do Estado “burocrático”(?) moderno, com o aperfeiçoamento de seus mecanismos, passou a ser o responsável por tornar públicas as normas na forma prescrita, e, portanto, positiva, e a decorrente subsunção dos fatos sociais às normas.

De acordo com Ferraz Jr. (2016, p. 100-101), as classificações das normas e os critérios de manifestação e ou aplicação surgem de acordo com a própria decidibilidade em relação às problemáticas jurídicas nas quais a dogmática é empregada com o fim da resolução, e não apenas pela produção e quantidade de normas elaboradas. É nesse sentido que os conteúdos a serem resolvidos são separados em conformidade com seus tipos, ou seja, de acordo com a concepção e a distinção de problemas.

Dito de outra maneira, a resolução de problemáticas depende não somente da elaboração normativa, mas também das classificações das proposições jurídicas responsáveis e dos critérios que permitem orientar a aplicação de normas aos fatos. Assim, tais classificações e critérios não são obtidos apenas com a elaboração normativa, mas sim com o desenvolvimento histórico dos mecanismos de organização social e jurídica e que apenas posteriormente são integradas, tais quais as grandes dicotomias (FERRAZ JR., 2016, p. 101), dentre as quais se destacam o Direito público e o Direito privado.

⁵ Como exemplo alienígenas, o próprio KELSEN (1998); VILLEY (1977); AGAMBEN (2004); SICHES (1998 apud TOMASZEWSKI, 1998); entre os brasileiros: FERRAZ JR. (2016); POZZOLI (2003); ASSIS (1995) e CAIXEIRO (2011).

São as grandes dicotomias as responsáveis por balizar as determinações dos conteúdos aceitos social e juridicamente, capazes do maior domínio possível de problemáticas, e, assim, consistem em norteamentos à dogmática por permitir a sistematização e o estabelecimento de conjuntos de normas que, de acordo com Kelsen (FERRAZ JR., 2016, p. 101), posteriormente formam uma “sistematização estática”, ou seja, que dispensam os processos de evoluções anteriores que resultaram nas normas, como a “formação, atuação e desaparecimento”, já que as normas passam a ser dados destinados à decidibilidade, portanto destituídas de sua formação e das mudanças.

O Digesto de Ulpiano (FERRAZ JR., 2016, p. 101-102) apresentou as bases para as concepções acerca da grande dicotomia Direito público e Direito privado e, portanto, faz parte do Direito Romano. E, assim, nas diversas classificações em períodos do desenvolvimento histórico, quais a Antiguidade, a Idade Média, a Era Moderna e a Era Contemporânea, é constatada a separação entre a esfera pública e a privada. Nestas fases, a esfera privada compreendeu as atividades pertinentes às necessidades e às conveniências individuais, bem como as relações entre os indivíduos que não alcançam a coletividade⁶.

Como podemos justificar um compromisso com a razão em nome da razão? Paradoxalmente, foram os positivistas lógicos que tropeçaram mais diretamente nesta questão, como resultado da própria extensão na qual eles procuram remover todos os resíduos de tradição e dogma do pensamento racional. A modernidade revela-se enigmática em seu cerne e parece não haver maneira deste enigma poder ser “superado”. Fomos deixados com perguntas que uma vez pareceram ser respostas, e devo argumentar ulteriormente que não são apenas os filósofos que dão conta disto. Uma consciência geral deste fenômeno se filtra em ansiedades cuja pressão todos sentem. (GIDDENS, 1991, p. 55)

Assim, em contraste com a noção de individual, a esfera pública, mesmo passando por transformações de concepções acerca de coletividade nos períodos citados, promove a noção de que o Direito público representa o espaço de atuação dos cidadãos e a organização da vida dos mesmos, a ação política e o desenvolvimento do entendimento sobre o aspecto social (FERRAZ

⁶ Assis e Kümpel (2009) também corroboram com este entendimento.

JR. 2016, p. 101-103), pelo qual o que é público passa a ter maior relevância sobre o que é individual, considerando o todo da organização.

É na Era Moderna que a concepção acerca de esfera pública toma proporção de tal forma que passa a representar não apenas o sentido de coletividade, mas também sua defesa e proteção, inclusive se utilizando de técnicas políticas e instrumentos destinados ao propósito da segurança, momento em que é verificada a concepção de um órgão artificial estabelecido em uma posição superior aos agrupamentos sociais capaz de dizer o que é público e o que é privado a partir da perspectiva de soberania e da preponderância do interesse público:

[...] Nesse sentido, Hobbes nos irá falar do Estado-Leviatã, como um corpo artificial que encarna o social e possibilita a convivência dos indivíduos. Juridicamente, o Estado, **um verdadeiro organismo (burocrático) de funções**, um ente abstrato, produto do agir político transformado em fazer, **guarda perante os indivíduos uma relação de comando supremo: a soberania**. O direito, explicado pela soberania, torna-se comando, relação de autoridade no sentido de *poder*. A distinção entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre a esfera pública e a privada e, por conseguinte, entre direito público e privado. Como se subentende que entre as relações privadas sejam utilitárias num sentido estrito e as públicas sejam abrangentes e neutras, visando o bem de todos, dir-se-á que o interesse público prepondera sobre o privado [...] (FERRAZ JR., 2016, p. 103-104) (Negritou-se).

Ao mesmo tempo, a esfera privada, com a atividade econômica, a riqueza e a propriedade, que acompanham o desenvolvimento das complexidades sociais, passa a ser caracterizadora da proteção dos direitos individuais, “do burguês” (FERRAZ JR., 2016, p. 104), e como limitador da atuação na esfera pública, esta que permitiu a manifestação dos interesses do Estado.

Com os referidos elementos, a partir da Era Contemporânea (FERRAZ JR., 2016, p. 104), os mecanismos estatais são aperfeiçoados e sua organização abarca vários elementos e aspectos da vida individual das pessoas e da pública, cujas múltiplas formas de compreensão têm relações de interdependência com o Estado, que, este, com o surgimento da produção em massa, ou seja, em grande

quantidade e contínua, passa a atuar também na estruturação da economia como regulador e como produtor.

Pelo exposto, verifica-se que o Direito Público é emanado da concepção de soberania e da responsabilidade que o(s) Estado(s) tem para com seus indivíduos. Este elemento, assim, é responsável por conferir o *jus imperii* ao Estado, que, por meio do Poder Público, passa a estabelecer preponderantemente de modo escrito o Direito, com o fim da formação estrutural da vida política, social, econômica e jurídica, e, a partir desta, permitir a decidibilidade de conflitos que a complexidade faz surgir:

O princípio máximo do direito público é o princípio da soberania. Trata-se de uma noção que, historicamente, apresentou várias conotações. **De modo geral, corresponde à efetividade da força, pela qual as determinações de autoridade são observadas e tornadas de observação incontestável pelo uso inclusive de sanções, de um ponto de vista interno. De um ângulo externo, no confronto das soberanias, corresponde a uma não sujeição a determinações de outros centros normativos.** É, em síntese, o caráter originário e independente da capacidade de determinar, num âmbito definido de atuação, a relevância ou a irrelevância de qualquer outro centro normativo que ali atue. **No direito contemporâneo, afirma-se que soberania é a lei, por força da constituição, que encarna a vontade social, e que confere ao Estado e aos entes públicos de modo geral a competência para editar atos soberanos, isto é, dotados do *jus imperii*** (FERRAZ JR. 2016, p. 106-107) (Negritou-se).

Em Kelsen (2000, p. 27), verifica-se uma divisão em individual e coletiva das concepções acerca de liberdade e igualdade enquanto elementos formadores da democracia, meio de manifestação da vontade da sociedade, da coletividade e forma política adotado como mecanismo colaborativo a organização social senão por meio da eleição de representantes públicos ao exercício desta atividade. Vale dizer, daí emerge a noção de comando como meio de promover a igualdade entre os indivíduos nas relações.

Portanto, é o sentido coletivo de liberdade e de igualdade, considerado como princípios universais, que passam a ser o fundamento do ente encarregado do comando dos agrupamentos sociais enquanto manifestação da vontade de uma maioria, considerando a minoria que não aceita alguma autoridade (KELSEN, 2000, p. 28) e talvez a emergência de “oposição” a ordem jurídica ou

postulados de “anarquia”. É daí que se fortalece a concepção social e política acerca de liberdade que, por meio da democracia, é expressa pelo Estado em nome de seu povo⁷.

Nesse sentido, diante do estado de ausência de qualquer controle dos indivíduos, por meio de um poder estabelecido, que, portanto, expressa um estado de natureza, a noção de “contrato social”, apresentada por Rousseau (apud KELSEN, 2000, p. 29), trata da formação de um estado de ordem social a partir da unanimidade, enquanto acordo de vontade geral, que permitiu a formação do Estado e, assim, de uma sociedade política.

Com a formação da sociedade política e a formalização do Direito pelo contrato social, a noção de liberdade de ordem social (coletiva!), passa a prevalecer diante das vontades individuais considerando a possibilidade de surgimento de conflitos decorrentes de desejos particulares (KELSEN, 2000, p. 30), o que tem como consequência a subordinação das determinações individuais às coletivas e, assim, o princípio da maioria absoluta.

Dessa forma, surgem os agentes estatais responsáveis pela produção e manutenção da ordem social por meio da máquina do Estado representada pelas instituições a que Giddens (1991) faz menção. Isso tem como consequência a teoria do Direito Público (KELSEN, 2000, p. 33), a qual tem como fundamento a vontade coletiva que passa a ser manifestada pelo Estado a partir do poder (*Imperium*) traduzido pela compreensão da noção que se infere da norma fundamental (KELSEN, 1998).

Da mencionada análise, portanto, verificam-se os elementos e norteamentos à formação de uma estrutura estatal nos sistemas constitucionais e legais na forma positivada, como a soberania popular e constitucional que, diante da insustentável liberdade primitiva e ilimitada a que os teóricos do jusnaturalismo defendiam como derivativo do direito romano preponderante no continente Ocidental e que fundou (os equívocos?) das reflexões jurídicas contemporâneas e de justiça “neopositivistas” (VILLEY, 1977, p. 45-

⁷ Para Streck e Bolsan de Moraes (2008, p. 165) não é irrelevante a concepção deste termo. Isto porque, este envolve a noção participativa de cidadãos a colaboração organizativa do Estado pelo estabelecimento do Direito; de outro lado, a concepção que envolve o termo população, pressupõe o quantitativo de contingente de pessoas que compõe uma sociedade.

47), torna possível o surgimento do Estado e a promoção de uma liberdade abstrata de acordo com a vontade majoritária.

Por conseguinte, a soberania popular e constitucional faz surgir o conjunto de Estados que devem respeitar a convivência mútua e coletiva, sem interferências entre poderes soberanos, inclusive no que se trata de território, o que, com as noções de liberdade e igualdade coletivas e a autonomia da vontade, pressupõem (equivocadamente?) a ausência de imposições, orienta a visualização internacional do Direito, acompanhando-se dos efeitos de um juspositivismo:

Ao mesmo tempo, em contraposição a esta concepção de liberdade estatal, observa-se destacada atuação do pensamento jusnaturalista em defesa da possibilidade de individualização de direitos, naturais ou positivados, pela efetivação da liberdade, repita-se, também individualizada, quanto ao aspecto coletivo de concepção do termo, em que as prerrogativas dos povos pela possibilidade de relacionamento deviam prevalecer sem que houvesse a imposição de vontades pelo exercício do poder. Assim, começam a emergir Estados supranacionais conforme suas respectivas aquisições de autonomia e liberdade, ao mesmo passo que, também, se fortalecem as concepções de efetivação da autonomia dos membros que compunham a sociedade. Desse modo, a forma de diferenciação entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, enquanto entendimento de efetivação da liberdade, segue critérios de racionalização entre os povos pela respectiva constitucionalização dos Estados (CAIXEIRO, 2011, p. 96-97).

Kelsen (1998) apresenta como característico do Direito a compreensão de um objeto próprio, que é limitado tão somente aos conteúdos teóricos que podem ser considerados como Direito e a observar como ele é, e não, portanto, como deve ser em termos práticos. Além disso, a referida obra, disposta e reconhecida também como teoria geral do Direito, enquanto teoria da ciência jurídica e baliza para a produção teórica da manifestação e organização do Direito pelos Estados, é destinada ao Direito positivo de todos os Estados que tenham respaldo na soberania popular e constitucional, e não de ordenamentos determinados:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do Direito positivo – do Direito positivo em geral, não de uma norma jurídica especial. É teoria geral do Direito, não interpretação de particulares normas jurídicas, nacionais ou internacionais. Contudo, fornece uma teoria da interpretação (1998, p. 1).

Posto isso, para a formação de uma ciência jurídica, Kelsen (1998, p. 1) declarou que, com a constatação de que a jurisprudência confundiu disciplinas como a psicologia, sociologia, ética e teoria política, deve haver distinção entre a ciência jurídica e todas e quaisquer áreas do saber e do conhecimento. Dessa forma, continuou ele, todos os conteúdos que não são estabelecidos positivamente como Direito, dele está destituído, o que determina o aspecto de pureza que passa a orientar a concepção de uma ciência jurídica (pura).

O estado de ausência de evoluções ou progressos do aspecto da pureza, caracterizado pela privação de qualquer interferência na ciência jurídica de outras áreas do conhecimento e do saber, é alvo de análise e crítica por Tomaszewski (1998), a partir da teoria de Siches, por não permitir a lógica tradicional, representada por Kelsen (1998), a constatação, compreensão e resolução efetivas de questões e circunstâncias de problemáticas por meio da construção de saberes diversos da lógica formal, considerando que o Direito, que não é isolado de interferências, deve ser examinado com base em uma noção de conjunto:

Diante de tal argumentação, atribui-se crédito a tal teoria, não somente porque é da lavra de renomado autor, mas também, porque o Direito não é algo estático, estanque, de sorte que o seu funcionamento não pode consistir apenas numa operação de lógica dedutiva.

É evidente que as atuais normas jurídicas, reformadoras de velhas instituições, bem como criadoras de outras, não podem e não devem ser entendidas como resultantes de um processo dedutivo, pois existe algo além, a consciência valoradora.

Destarte, o “logos” do razoável constitui a lógica que serve ao homem. Não está destinada a explicar, mas a sim a compreender e penetrar o sentido dos objetos humanos, estando voltada para a adequação das soluções aos casos reais, ainda que de forma irracional, pois como o Direito é fruto da concepção humana, que tem por fim a realização de certos valores. Ora, embora originando-se indiretamente de fatos, transcende às fronteiras fáticas, devendo ser visto numa noção de conjunto (p. 131).

Assim, a pureza do Direito como meio para o estabelecimento de uma ciência dogmática destinada à solução de conflitos pode apresentar limitações, como as já referidas, que, em decorrência da negação da visualização de contextualizações, pode resultar em limitações ao desenvolvimento dos próprios princípios democráticos consagrados:

[...] A ciência dogmática do direito constrói-se, assim, como um processo de subsumção dominada por um esquematismo binário, que reduz os objetos jurídicos a duas possibilidades: ou se trata disso ou se trata daquilo, construindo-se enormes redes paralelas de seções [...]. Podemos dizer, nesse sentido, que a ciência dogmática do direito costuma encarar seu objeto, o direito posto e dado previamente, como um conjunto compacto de normas, instituições e decisões que lhe compete sistematizar, interpretar e direcionar, tendo em vista uma tarefa prática de solução de possíveis conflitos que ocorram socialmente. O jurista contemporâneo preocupa-se, assim, com o direito que ele postula ser um todo coerente, relativamente preciso em suas determinações, orientado para uma ordem finalista, que protege a todos indistintamente (FERRAZ JR., 2016, p.82).

Nesse sentido, tendo em vista a comunidade de países existente e a complexidade na qual ocorrem as relações entre Estados soberanos, a “Teoria Pura do Direito”, enquanto paradigma dominante, que propõe a disciplina teórica dos meios de produção e organização do Direito, independentemente do ordenamento jurídico considerado, a referida teoria deve apresentar a forma jurídica de resolução de problemáticas internacionais, de modo a manter o rigor metodológico seguido por Kelsen (1998) e não ceder apenas à política como meio de tentativa de pacificação. Ou seja, teoricamente, deve ser norteadora do Direito internacional:

Ocorre que a teoria pura, enquanto obra norteadora da “ciência” do Direito, como queria Kelsen, o admite – daí o equívoco, como uma forma estanque e individualizada para interpretação das vontades da sociedade, representada pelos fatos sociais a serem analisados pelo ordenamento jurídico em vigor em determinada localidade e tempo, em que a forma interdisciplinar necessariamente remete a uma condição de melhor atendimento à expectativa de justiça pela respectiva sociedade. Isto porque, nesses termos, é possível ponderar valores diferenciados daqueles que, de modo estanque, não podem ser ponderados, principalmente tratando-se de algo tão subjetivo, como o é o Direito (CAIXEIRO, 2011, p. 103-104).

Sucede que Kelsen (1998), dentre outros pontos teóricos que podem ser alvo de formalização de questionamentos, apresenta a forma tão somente nacionalizada do Direito, sendo que o Direito internacional é assim considerado na medida em que representa o respeito pelos Estados das soberanias populares e constitucionais (noção contemporânea), não havendo, portanto, uma ordem jurisdicional supranacional capaz da previsibilidade de hipóteses de prescrições legais resolutivas de problemáticas internacionais. Diante do exposto, propõe como meios de resolução as represálias, como exemplo os embargos econômicos, ou a declaração de guerra para com ofensores das esferas de direitos e interesses de outro Estado:

Mais tarde se mostrará que o Direito internacional, na medida em que regula a conduta de estados, também norma uma conduta humana. O que aqui está em questão é saber se ele regula tal conduta por forma a reagir contra uma determinada conduta, que considera como ilícita, com uma sanção, como consequência do ilícito. A questão decisiva é, portanto: o Direito internacional estatui atos coercivos como sanções? Até aqui pressupõe-se que as sanções específicas do Direito internacional eram as **represálias** e a **guerra**. É fácil mostrar que esta suposição está certa relativamente à reação primeiramente referida. Com efeito, é um princípio basilar do Direito internacional geral que um Estado, quando julgue que certos dos seus interesses são lesados pela conduta de um outro Estado, **é autorizado a lançar mão de represálias contra este**. Por represália entende-se uma agressão à esfera de interesses de um Estado – noutras circunstâncias proibida pelo Direito internacional –, agressão essa que se realiza sem a vontade, ou melhor, mesmo contra a vontade desse Estado e, nesse sentido, é um ato coercitivo, ainda que levado a cabo – por falta de resistência do Estado atingido – sem o emprego de coação física, isto é, sem o emprego da força de armas. No entanto, não está excluído o emprego da coação física [...] (KELSEN, 1998, p. 356) (Negritou-se).

De acordo com Hobsbawm (2007, p. 21), o século XX é caracterizado por uma quantidade muito grande de mortes e, portanto, é “o mais mortífero de toda a história documentada”. Tal fato tem por motivo precisamente o predomínio das guerras e represálias na tentativa não de apenas como meios reparadores e resolutivos de problemáticas, mas como formas de alcance de interesses dos Estados.

Ainda com todos os danos causados pelas guerras e represálias, que podem oferecer exemplos de formas de atuação estatal a serem desconsideradas e ou evitadas, desde 1914 a paz

não é tida como dominante nas relações entre Estados soberanos (HOBSBAWM, 2007, p. 22) e, portanto, a intensidade da paz se manifesta de forma pequena.

Nesse sentido, o fenômeno da globalização é caracterizado, com os resultados das violências exercidas, pela imposição de vontades de Estados considerados como potências econômicas e beligerantes, em desconformidade com a autonomia da vontade, a soberania popular e constitucional e a liberdade e a igualdade coletivas (HOBSBAWM, 2007, p. 43), ao tempo em que é verificada a ausência da globalização do desenvolvimento social, político, cultural, econômico e jurídico.

Portanto, considerando as premissas apresentadas por Kelsen (1998), em relação a propostas de resolução de problemáticas internacionais e, principalmente, pela ausência de um poder ou ordem jurisdicional supranacional a ser acionado para que seja capaz de regular as possibilidades fáticas, deve ser questionado se o mundo ainda suporta que os Estados soberanos tenham como meios de reparação e ou sanção as represálias, tais quais os embargos econômicos, e as guerras:

Em síntese, o mundo parecia clamar, com progressiva intensidade, por soluções supranacionais para os problemas supranacionais ou transnacionais, mas **não havia nenhuma autoridade global com a capacidade de tomar decisões políticas, para não falar do poder de executá-las**. A globalização sai de cena quando se trata de política, seja interna, seja internacional. As Nações Unidas não têm poder ou autoridade próprios, dependem da decisão coletiva dos Estados e podem ser bloqueadas pelo poder absoluto de veto que pode ser exercido por cinco membros. Mesmo as demais organizações internacionais e financeiras do mundo pós-1945, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, só podem desenvolver ações efetivas com o patrocínio das grandes potências (o chamado “Consenso de Washington”) [...] (HOBSBAWM, 2007, p. 57-58) (Negritou-se).

Ou seja, ainda que seja apresentada a existência de acordos, convenções e tratados de paz entre os Estados, que se tornam máquinas que acumulam poder de guerra e que são capazes de manifestar ao público por motivos desde os conflitos de incompatibilidades ideológicas, será verificado que os mesmos podem ser desconsiderados por ações estatais beligerantes

(HOBSBAWM, 2007, p. 26-27), sem muitos impedimentos e ou constrangimentos.

A leitura de Foucault (1999), corroborada por Revel (2005, p.56-57), permite(m) afirmar que um dos objetivos da guerra, para além do aniquilamento popular, parcial ou total, de tal modo que este vise extinguir a cultura social anterior, não é o acúmulo de espólios como sucedeu em várias situações disso de tempos remotos, mas a destruição de todos os bens móveis e imóveis possíveis(!), causando, pois, destruição cultural e patrimonial. Nada obstante, conforme Assis, Kümpel e Spaolonzi (2010, p. 141-149) foi assim que o Império Romano aniquilou com quase todos saberes produto da cultura dos Gregos e, única exceção se fez pelo conteúdo filosófico. Não sabiam os romanos que, hodiernamente, o pensamento filosófico grego seria manancial de reflexões a experiências contemporâneas.

Vale lembrar que o pensamento filosófico grego foi registrado neste momento, também como fonte reflexiva ao tema, porque Kelsen (2000, p. 29) afirma que a origem de seu conceito, tabulado para liberdade, para a noção organizativa social em processo da passagem do estado de natureza para a ordem, deriva dos germanos que, nessa medida, foi a comunidade que mais sobrecarregou-se em manter antigas tradições gregas, então antepassados antropológicos.

(...) A Grécia chama a atenção por duas razões inseparáveis: primeiramente, porque são estreitas as relações entre a Grécia e a Razão Ocidental, e a concepção ocidental de verdade objetiva e racional originou-se historicamente do pensamento grego. Sabe-se, por outro lado, que, na rica reflexão dos filósofos contemporâneos sobre o Verdadeiro, Parmênides, Platão e Aristóteles são sempre invocados, confrontados, questionados. Em segundo lugar, no tipo de razão que a Grécia constrói a partir do século VI a.C., certa imagem da "Verdade" ocupa posição fundamental. Com efeito, quando a reflexão filosófica descobre o objeto próprio à sua pesquisa, quando se detaca do fundo de pensamento mítico no qual a cosmologia dos jônios ainda se enraíza, quando ataca deliberadamente os problemas que nunca mais deixarão de chamar atenção, ela organiza seu conceitual em torno de uma noção central que passará a definir um aspecto de primeira filosofia como tipo de pensamento e do primeiro filósofo como tipo de homem: *Alethéia* ou "Verdade" (DETIENNE, 2013, p. 02-03).

Superada esta reflexão filosófica e tornando a temática central, tem-se, como exemplo de fenômenos e ou problemáticas que decorrem da falta de previsibilidade do formalismo da lógica

tradicional, ou da ausência de qualquer ordem jurisdicional, ou, ainda, na pendência de adoção de um exemplo empírico não adotado por Kelsen (1998), a hipótese sob a qual pode ocorrer a suspensão das ordens jurídicas vigentes por apresentar como imposição de ações ou decisões, portanto unilaterais, sem a presença do consentimento, da autonomia da vontade e da liberdade e da igualdade coletivas, em detrimento da soberania popular e constitucional, como pode ser decorrência das represálias (“comerciais”) e das guerras da forma como são apresentadas por Kelsen (1998). Dito de outra maneira, o estado de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 12) representa um mecanismo ou dispositivo por meio do qual é possível a ruptura ou suspensão da ordem jurídica vigente.

Considerando que tal instrumento de suspensão da ordem jurídica vigente é um dispositivo previsto legalmente, o mesmo pode se apresentar “às avessas” quando não é acionado por meio do ordenamento jurídico, mas como uma prática ou atuação estatal na realização de atividades internacionais por um Estado soberano, por meio da imposição de vontades, a outro Estado que seja constituído sobre a soberania popular e constitucional:

[...] o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se, nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Dessa forma, o estado de exceção permite a inclusão de um fato da vida ao ordenamento jurídico por meio de sua suspensão (AGAMBEN, 2004, p. 12). Numa outra perspectiva, o referido dispositivo representa uma ruptura com o modelo estabelecido anteriormente para permitir a promoção de deliberações unilaterais anteriormente não previstas e ou não aceitas pela normatividade, e, assim, passa o fato a integrar a ordem jurídica, o que apresenta uma tendência de ser uma tendência ou uma técnica de governo, diante da permissividade do paradigma dominante do Direito.

Portanto, é possível concluir que o Direito manifestado nos Estados recebe influências das ações estatais, principalmente com a ausência de qualquer ordem global efetiva que determine a solução de conjunturas problemáticas. Como exemplo, a vigência e efetividade do ordenamento das constituições quanto aos objetivos fundamentais do Estado, os princípios e preceitos norteadores e os direitos e garantias fundamentais individuais, que dependem da não intervenção e da autonomia da vontade, considerando que o estado de exceção pode ocorrer de modo independente das prescrições constitucionais e legislativas (SCHMITT *apud* AGAMBEN, 2004, p. 22-23), e de modo mais específico, quando não respeitadas as limitações legais pelo Estado soberano envolvido ou por outro.

Por todo o exposto, principalmente diante da falta de previsibilidade da problemática por Kelsen (1998) em sua proposta paradigmática jurídica, é encontrada a necessidade de construção de uma nova realidade à organização da comunidade dos Estados pelo Direito internacional por meio de paradigmas emergentes no Direito que promovam um novo sentido de globalização, qual o do mútuo desenvolvimento econômico, cultural, político e jurídico, da proteção e da superação das represálias e das guerras:

Com vistas no futuro, partindo-se do atual Estado Moderno de Direito, há que se pensar em Globalização, compreendida, por sua vez, na expansão de relações econômicas de mútuo interesse entre Estados Supranacionais. Referida situação estabelecida pela tendência mundial de organização dos Estados Supranacionais, deve ser pensada sob os aspectos jurídicos de proteção que o Direito pode proporcionar no que diz respeito ao estabelecimento de uma forma de organização política, social e cultural que envolva os interessados (CAIXEIRO, 2011, p. 111-112).

A Lógica do Razoável, assim, desempenha papel fundamental para a análise, considerando, para tanto, a necessidade de construção de saberes jurídicos que permitam a superação do positivismo histórico que, de modo simplificado, apresenta a história do Direito e das sociedades de modo linear, ignorando, por meio da objetividade, as circunstâncias fáticas diversificadas (FONSECA, 2013, p. 158-159), o que gera a incapacidade de compreensão e resolução de problemáticas.

Assim, o positivismo histórico é apresentado como dogma a ser seguido em decorrência da neutralidade apresentada pela ciência jurídica como uma necessidade, de forma a buscar a verificação de fatos históricos complexos com objetividade (FONSECA, 2013, p. 159-160), negando à atividade interpretativa a realidade de que o intérprete é agente do Direito, e que, portanto, atua ativamente na construção de sentidos que dependem da contextualização nas diversas áreas aplicáveis dos saberes.

De acordo com Fonseca (2013, p. 164), tais concepções que possuem o positivismo histórico como premissa precisam ser superadas por decorrer da simplificação e da redução a proposições positivas prejuízos à história do Direito, que, na realidade, apresenta diversas complexidades.

Assim, a análise da história da cultura jurídica, como exemplo o Direito grego (conforme KELSEN, 2000 e GARCIA, 2018) pode oferecer elementos para a contribuição na constituição de sentidos para o Direito internacional enquanto organizador das relações entre Estados soberanos, como a liberdade e a igualdade coletivas, que são constituidoras da soberania constitucional:

Sem negar a orientação normativa, mas considerando para além dela, entendemos que o estudo de uma cultura jurídica pressupõe e implica a questão anterior que pergunta como, em uma sociedade, aqueles temas se constituíram em fatos ou problemas, ou seja, emergem perguntas sobre as experiências históricas que permitiram o surgimento dos próprios temas. Se para a teoria normativa os temas da propriedade privada, da monogamia, do pátrio poder, da sucessão, da adoção ou da escravidão, por exemplo, são ponto de partida que possibilita respostas apenas pela análise do sistema normativo em vigor em determinada época, para nós, o ponto de partida é a construção mesma da noção de propriedade, monogamia, pátrio poder, sucessão, adoção ou escravidão, que se apresenta como dado e como portadora de uma realidade objetiva, cujo desenvolvimento só é possível mediante a análise do processo histórico (ASSIS, KÜMPEL e SPAOLONZI, 2010, p. 16).

A partir da noção da formação da *pólis* grega, é possível encontrar uma estrutura de organização social, a partir da separação entre espaço público e espaço privado, sendo o primeiro sentido o que deu origem ao meio em que ocorria a reunião de pessoas com o fim de promover deliberações, o que tem como resultado o sentido de liberdade política e, portanto, de soberania popular, de liberdade, da

igualdade e do princípio da reparação, enquanto aspectos da convivência em um âmbito que torna possível a vida política:

Essa nova condição de organização social, que vigorava diante da possibilidade de exercício da liberdade, justificada como cidadania, estabelecia uma diferenciação entre os chamados espaço público e espaço privado em que, por meio da acentuada diferença que aumenta, passou a ser analisada a condição de rompimento com o padrão de normalidade exigido pelo todo. Trata-se do cometimento de atos, tidos como antissociais ou crimes, praticados dentro da organização social, em que era necessário estabelecer controle. Referido controle deu-se pela criação do chamado princípio da reparação que, por sua vez, dividia-se em reciprocidade (justiça da balança) e represália (justiça da espada) considerando-se a condição do *status* social do indivíduo praticante do ato, pela interpretação e resolução do conflito entre os indivíduos (CAIXEIRO, 2011, p. 87-88).

Assim, com o princípio da solidariedade (ASSIS, KÜMPEL e SPAOLONZI, 2010, p. 117), diante de algum dano causado a membro da *pólis*, de acordo com o sentido coletivo da liberdade enquanto orientação à organização e manutenção social, tal ato de violação ofendia a todo o grupo, e este atuava, solidariamente, para a realização da reparação.

Referido período, em que cada cidadão atuava no exercício do poder para a manutenção da *pólis*, não encontra o sentido atual de democracia, que ainda não era desenvolvida (ASSIS, KÜMPEL e SPAOLONZI, 2010, p. 136), porém apresenta valores determinantes e seguros como base da organização social, como o de *isonomia*, ou seja, apresenta fundamentos que podem orientar a formação contemporânea do Direito internacional.

Nesse sentido, a solidariedade grega representa um exemplo da necessidade de superação da atuação internacional hodierna no sentido do isolamento e da disputa, permitidos pelo paradigma dominante do Direito, em sentido contrário ao desenvolvimento do progresso político, social e jurídico e do atendimento às necessidades da coletividade, que faz surgir a necessidade da constatação de um paradigma emergente de Direito:

O paradigma emergente de Direito nos diversos Estados, hoje, acena para formas alternativas de interpretação dos fatos sociais em relação à eficácia do ordenamento jurídico resultante da estipulação da

vontade estatal, reconhecida pela constitucionalização dos Estados, considerando-se a convivência coletiva em sociedade. Isto porque esta, de modo geral, está cansada da ineficácia do sistema “científico” jurídico, conservador que é, no que tange a ele, proporcionar resoluções que atendam à expectativa, social e coletiva, de justiça, quando da ocorrência de algum fato social suscetível de apreciação estatal (CAIXEIRO, 2011, p. 121-122).

Portanto, o paradigma emergente de Direito é orientado à constatação de uma forma de organização de uma contribuição mútua entre Estados soberanos para a integração da ordem econômica, social, política e jurídica, em contraste com a manifestação atual de globalização de disputas e do sentido de represálias e guerras como ações estatais.

Dessa forma, o que se busca é colocar termo na insegurança jurídica gerada pela falta de previsibilidade decorrente da impossibilidade da decidibilidade internacional, que é característica de um poder jurisdicional, inexistente na esfera supranacional. Tal problemática é que permite as relações de imposição de vontades que reduz a autonomia da vontade caracterizadora da soberania, o que deve ser alterado de modo radical em conformidade com o princípio da solidariedade, que por si coloca impedimentos aos embates decorrentes das disputas, na organização da comunidade de Estados e forma jurídica de resolução de possíveis conflitos:

O primeiro desafio é “radicalizar o presente”, reinventando as possibilidades emancipatórias que existem nesse conhecimento (conservador) emancipador: uma utopia crítica. “Vivemos hoje em um mundo dominado por utopias conservadoras. (...) a utopia do neoliberalismo é conservadora, porque o que se deve fazer para resolver todos os problemas é radicalizar o presente” (HINKELAMMERT, s.d. SANTOS, 2007, p. 54).

A análise realizada corrobora, portanto, com um modelo de Direito Comunitário, que já encontra o exemplo vigente da União Europeia (POZZOLI 2003 e CAIXEIRO, 2011, p. 112), como forma de organização entre Estados que busque o mútuo desenvolvimento em todos os aspectos da atividade de organização das nações, que ao tempo em que estabelece uma formação estrutural sólida, respeita as particularidades de cada uma, tendo em vista as perspectivas das tradições que contribuem para a evolução social.

Com os elementos obtidos da construção de saberes que apresentam como objeto de análise a história da cultura jurídica, é necessário buscar o estabelecimento de uma estrutura administrativa e jurisdicional aos Estados em conformidade com a autonomia da vontade, a liberdade e a igualdade coletivas, a solidariedade, a justiça e o consenso derivado da análise detalhada com o fim de demonstrar os pontos positivos e negativos de problemáticas, atribuídos ao espaço público grego, e, assim, colocar em vigor uma ordem que respeite aos direitos e garantias fundamentais:

Assim, se faz necessário haver uma maior transparência nas relações humanas, especialmente no espaço público. O irreversível fenômeno da globalização, da mesma forma que nas relações humanas, deve ser ajustado com novas regras de convívio, espécie de nova ordem, e que atendam aos anseios de todos, sem discriminação. Neste sentido, a ética há de ser chamada a corrigir essa maligna permissividade de uma globalização tão somente da economia buscando abranger as áreas social, cultural e política.

Face ao acima analisado, o processo de globalização em curso na história da humanidade tem dois caminhos que podem ser seguidos: o primeiro é aquele onde prevalece a lei do mais forte, do econômico e que pode gerar a violência disseminada ou culminar em tragédia, como aquela sucedida no dia 11 de setembro de 2001.

Um outro caminho é o do direito. Um Direito Comunitário que respeite as culturas das populações locais e que tenha fortes laços de ligação com a história jurídica, ou sistema jurídico, vivida por cada povo (POZZOLI, 2003, p. 59).

A União Europeia já estabelece que qualquer Estado soberano que viole o ordenamento dos direitos e garantias de outro país, expressos na “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” (POZZOLI, 2003, p. 59), recebe sanções, porém aplicada como resultado de um consenso entre os demais integrantes do Direito Comunitário e com orientação no princípio da solidariedade no aspecto jurídico, e no aspecto cultural, a previsibilidade da subsidiariedade como elemento mantenedor de respeito as tradições e costumes de cada população.

Verifica-se, assim, a existência de um Tribunal de Justiça supranacional destinado aos países integrantes da União Europeia (POZZOLI, 2003, p. 83), ou seja, já é vigente um poder jurisdicional capaz da decidibilidade internacional e que se apresenta como modelo à forma jurídica de organização mundial.

Desse modo, o Direito Comunitário, que encontra representação vigente no modelo da União Europeia, e que, portanto, serve de baliza para a constatação de um paradigma emergente de Direito, faz refletir que não é tão somente utópica a visualização de uma organização jurisdicional mundial efetiva, mas demonstra que o mundo não pode mais suportar que vigore o formalismo e a permissividade do paradigma dominante do Direito de modo a nele ainda fazer preponderar a concepção de que embargos econômicos e/ou declaração de guerra (internacionais) constituem a forma mais racional de resolver conflitos de interesses coletivos.

CONCLUSÕES

Portanto, a problemática jurídica compreende a inexistência de qualquer poder supranacional capaz de oferecer uma tutela jurisdicional efetiva, ainda que, diante dos conflitos que marcaram os séculos XX e XXI, houve a necessidade de uma ordem pacificadora em decorrência da imposição de vontades por países mais fortes.

O Direito internacional é constituído, ainda que existam acordos, convenções e tratados de paz, que podem facilmente ser desfeitos, tão somente pelo respeito, entre os Estados, da soberania popular e constitucional, modelo orientado pelo paradigma dominante do Direito.

Portanto, diante da ofensa à soberania, à autonomia da vontade, à liberdade e à igualdade coletivas, torna-se necessário questionar a proposta de uma “Teoria Pura do Direito”, enquanto tentativa de promover uma ciência jurídica pura, ou seja, sem qualquer interferência de qualquer outra área dos saberes, ao custo de estar o Direito destituído da realidade à qual está inserido.

Nesse sentido, Kelsen (1998) apresenta como hipóteses resolutivas as represálias, tais quais os embargos econômicos, e a declaração de guerras, e não promove a previsibilidade de fenômenos de conflitos e a prescrição de hipóteses legais de resolução de problemáticas, o que decorre a necessidade de considerar que o mundo não pode mais tolerar as referidas medidas, ainda que como formas de sanção.

Pelo exposto, paradigmas emergentes de Direito devem ser constatados e refletidos, com o fim de superação de um modelo que não atende as expectativas de justiça, moral e ética, como o Direito

Comunitário que se encontra vigente na União Europeia, e pode ser orientado por concepções tidas a partir da Lógica do Razoável, como o espaço público grego, o princípio da solidariedade na proteção mútua e na promoção do desenvolvimento econômico, social, político, cultural e jurídico, os sentidos coletivos de liberdade e igualdade, a formação do consenso e a autonomia da vontade.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. (2004) **Estado de exceção**. (Tradução: POLETI, Iraci D.). São Paulo: Boitempo.
- _____. (2002) **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. (Trad. BURIGO, Henrique). Belo Horizonte: UFMG.
- ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vítor Frederico; SPAOLONZI, Ana Elisa. (2010) **História da cultura jurídica: o direito na Grécia**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método.
- _____. (1995) **Interpretação do direito: estilo tópico-retórico X método sistemático-dedutivo**. São Paulo: Lúmen.
- ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vítor Frederico. (2009) **História da cultura jurídica: o direito em Roma**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO.
- CAIXEIRO, Bruno Milenkovich. **Ordenamento jurídico penal (tributário): reflexões críticas**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. (2001) **Para entender Kelsen**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- _____. (2003) **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2ª ed. São Paulo: Altas.
- FOUCAULT, Michel. (2003) **A verdade e as formas jurídicas**. (Trad. MACHADO, Roberto Cabral de Melo; MORAIS, Eduardo Jardim). Rio de Janeiro: NAU editora.
- _____. (1999) **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. (Trad. GALVÃO, Maria Ermantina). São Paulo: Martins Fontes.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. (2013) **O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito**. (IN) **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho-PR, nº 10, p. 143-166, ISSN 2317-3882. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/131>, acesso em 13 mar 2018.
- GARCIA, Kelvin Nascimento. (2018) **Da quebra da soberania constitucional e econômica da Ucrânia frente a construção de ponte entre a Rússia e a Criméia**. Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) apresentado e defendido junto

ao Departamento Acadêmico de Direito do Campus “Professor Francisco Gonçalves Quiles” de Cacoal da Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR (Orientador: CAIXEIRO, Bruno Milenkovich). Cacoal: Biblioteca setorial Dhiego Albares Passamani.

GIDDENS, Anthony. (1991) **As consequências da modernidade**. (Trad. FIKER, Raul). São Paulo: Editora UNESP.

HOBBSAWM, Eric. (2007) **Globalização, democracia e terrorismo**. (Tradução: VIEGAS, José). São Paulo: Companhia das Letras.

KELSEN, Hans. (2000) **A democracia**. (Tradução: BARKOW, Vera). 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

_____. (1998) **Teoria pura do direito**. (Tradução: MACHADO, João Baptista). 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes.

KUHN, Thomas S. (2007) **A estrutura das revoluções científicas**. (Trad. BOEIRA, Beatriz Vianna; BOEIRA, Nelson). São Paulo: Perspectiva.

POZZOLI, Lafayette. (2003) **Direito comunitário europeu: uma perspectiva para a América Latina**. São Paulo: Editora Método.

REVEL, Judith. (2005) **Michel Foucault: conceitos essenciais**. (Trad. GREGOLIN, Maria do Rosário; MILANEZ, Nilton; PIOVESAN, Carlos). São Carlos: Clara Luz.

SANTOS, Boaventura de Souza. (2007) **Renovar a teoria crítica: e reinventar a emancipação social**. São Paulo: Boitempo.

STRECK, Lenio Luiz; BOLSAN DE MORAIS, José Luiz. (2008) **Ciência política e teoria do estado**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. (1998) **A lógica do Razoável – um ensaio sobre o pensamento de Recaséns Siches e a atuação do operador do direito**. Ver. de Ciênc. Jur. e Soc. Unipar, vol. 1, n. 1: jul./dez.

VILLEY, Michel. (1977) **Filosofia do direito: definições e fins do direito**. (Trad. TORRES, Alcidema Franco Bueno). São Paulo: Atlas.

TASA DE MORTALIDAD DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (NNA) EN LA GUAJIRA: ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA¹

Andrea Carolina Paternina Feria²

Jaime Cubides Cárdenas³

Paula Andrea Barreto Cifuentes⁴

¹ Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo A1 por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

² Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” e integrante del semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Contacto: acpaternina14@ucatolica.edu.co

³ Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires-Argentina. Docente asociado e Investigador y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co.

⁴ Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” e integrante del semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” vinculado al Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Contacto: pabarreto04@ucatolica.edu.co.

INTRODUCCIÓN

La importancia del multiculturalismo⁵ en el modelo de gobierno responde a un proceso global caracterizado por la interacción de diversos actores y organizaciones de carácter nacional e internacional pertenecientes a distintos campos. En este proceso, el multiculturalismo se ha posicionado como la alternativa válida para enfrentar los dilemas de la diversidad cultural (García, 2015), toda vez que este es compatible con el proceso de acumulación y expansión del capital a escala planetaria (Díaz, 2006).

En temas de multiculturalismo, el departamento de La Guajira se hace notar como uno de los departamentos en Colombia donde se hacen presentes grupos indígenas como lo son la comunidad Wayúu, presentando en el último quinquenio⁶, y de forma persistente brotes de diferentes enfermedades que han comprometido la población urbana y rural, principalmente la población Wayúu en la frontera colombo-venezolana. Se han visto afectados todos los grupos de edad y ha causado complicaciones y muertes; todos ellos, brotes de enfermedades infecciosas evitables, objeto de programas de control de salud pública del país (Gonzales, 2000).

Esta se ha convertido en una de las problemáticas que más genera preocupación, puesto que muchas personas de la comunidad han perecido a causa de enfermedades, mala atención en el sistema de salud⁷, y falta de recursos para la utilización de sistemas de salud.

⁵ “Desde la justicia, se puede afirmar que la interculturalidad no debe entenderse más allá de un mero término transnacional; por el contrario, busca abarcar una perspectiva interna, ya que en cada Estado hay culturas que coexisten coetáneamente y forman la identidad y cultura de dicho Estado.” (Galán, 2016, p. 34).

⁶ Según el censo de 2001, en Venezuela había 285 446 wayúu en el estado del Zulia y, en Colombia, 149 827 en el departamento de la Guajira (27, 28). Se halló que las enfermedades carenciales y de la pobreza son las que caracterizan el perfil epidemiológico, con algunas particularidades relacionadas principalmente con la geografía (en especial zona desértica con escasez de agua) y con la cultura (p. ej. organización social y actividad económica). Las patologías más frecuentes incluyeron i) desnutrición, infecciones respiratorias y gastrointestinales en menores de cinco años de edad, ii) infecciones de transmisión sexual, cáncer cérvico-uterino, hipertensión arterial y las derivadas de la violencia en personas adultas y iii) caries y otros problemas dentales en todas las edades (Duarte, M, Ortega, M, Mora, L, y Coromoto, N, 2011).

⁷ Además de todos estos problemas también hay que tener en cuenta la grave problemática del desplazamiento forzado, que aunque, como expresa Cubides y Segura (2010) “En Colombia la historia se ha visto permeada del despojo de tierras

Por lo tanto, y para presentar un punto específico de la presente investigación, el presente texto se basa en la tasa de mortalidad de uno de los sujetos de derechos con mayor relevancia: los Niños, Niñas y Adolescentes (En adelante, NNA) de las comunidades indígenas en La Guajira. Por lo cual, se propone como pregunta de investigación para este propósito: ¿Es el Estado el único responsable de la tasa de mortalidad de Niños, Niñas y Adolescentes en La Guajira?

1 CONTEXTUALIZACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LA GUAJIRA

El presente subtítulo tiene como propósito contextualizar la situación que se presenta en relación con la desnutrición de los NNA de las comunidades indígenas ubicadas en el departamento de La Guajira. Para empezar,

La desnutrición crónica⁸ de los indígenas Embera-Katío de Tierralta⁹ presentó una relación con el incremento de la edad ($p < 0,005$), hallazgo que coincide con el de otros estudios (...) En los Embera se encuentran dos claros incrementos de desnutrición crónica moderada y grave: uno a partir del segundo semestre, en que aumenta un 57,2% con respecto al primero, y otro en el segundo año, con aumento de 32,9% con respecto al segundo semestre. Estos dos momentos críticos en el estado nutricional se podrían explicar por el destete y el cambio a una nueva alimentación escasa en proteínas y micronutrientes, además de ser éstas, edades de alta vulnerabilidad a las enfermedades infecciosas. En los niños y niñas mayores se perpetúa una ingestión deficiente de alimentos y enfermedades infecciosas y parasitarias a repetición que continúan deteriorando su crecimiento. Igualmente, el cuidado que se les debe brindar se ve afectado por la llegada de otros hermanos. (Restrepo, Restrepo, Beltrán, Rodríguez y Ramírez, 2006, p. 524)

de indígenas y campesinos” el desplazamiento también se ve bastante ligado a la situación que viven las personas que habitan en el territorio.

⁸ “La desnutrición crónica es reflejo de las deficiencias acumulativas de alimentación y salud a largo plazo; es un indicador de iniquidad social y refleja las condiciones precarias en que se han criado los niños, por lo cual se asocia directamente con el aumento de la edad.” (Restrepo, Restrepo, Beltrán, Rodríguez y Ramírez, 2006, p. 524)

⁹ “El pueblo de Embera Katío es uno de los pueblos embera que existen en Colombia. Entre antropólogos, lingüistas y entre las comunidades embera se han ido diferenciando los pueblos Embera Chamí, Embera Katío y Eperara siapidara.” (Ministerio de Cultura, s.f., p. 0)

Desde esta perspectiva, es evidente que, según la investigación realizada por los anteriores autores citados, la edad más crítica en que se presenta la desnutrición crónica, son los primeros años, debido al cambio de alimentación en los niños y niñas de esta comunidad en específico.

Ahora bien,

Es importante señalar que los municipios de Riosucio, Uribe, Ricaurte y Manaure pertenecientes al departamento de La Guajira, no variaron la TMI¹⁰ en los años analizados y ostentan las tasas significativamente más altas para el año 2011, es decir que son los municipios de frontera con peores situaciones y todo parece indicar que las intervenciones desarrolladas en estos años, no han generado ningún impacto en la salud infantil. (Mogollón y García, 2016, p. 705)

Frente al panorama nacional, se encuentra que, relacionado directamente con la desnutrición de los NNA,

(...) el 15,4 % de los niños menores de 5 años de la región Caribe colombiana (entre el 3,8 % en San Andrés y el 27,9 % en La Guajira) sufren de desnutrición crónica, o retraso en el crecimiento lineal. Esta medida refleja el estado nutricional acumulativo a través del tiempo de crecimiento del niño, tanto como el desarrollo temprano (UNICEF) y se encuentra por encima del promedio de la nación (13,2 %). También la desnutrición global, que se define como la relación entre el peso con la edad y el sexo (Unicef), se encuentra más alto en La Guajira (11,1 %); muy por encima del promedio nacional del 3,4 %. En su caso más extremo, la desnutrición puede resultar en la muerte del niño. En 2009, entre 0,12 (Atlántico) y 0,45 (La Guajira) de cada 1000 habitantes entre 0 y 4 años murieron como consecuencia de la desnutrición; es decir, murieron 2965 niños en La Guajira entre 2008 y 2013, según lo reportado por RCN (2014). (Lissbrant, 2015, p. 120)

Sin embargo, esta problemática afecta directamente a la efectivización y cumplimiento de los derechos de los mismos, ya que,

¹⁰ “La reducción de la Mortalidad Infantil (MI), es considerada como un indicador trazador del avance en la salud de los pueblos (1-3), por lo que fue incluida como una de las metas de los denominados Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)(4), los cuales en la actualidad fueron remplazados por los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).” (Mogollón y García, 2016, p. 701)

El retraso en crecimiento en niños y jóvenes de 10 a 17 años se presenta en prevalencias más altas en los departamentos de Nariño, La Guajira, Boyacá, Cauca, Vaupés, Amazonas, Sucre, Magdalena, Tolima, Caquetá, Putumayo, Norte de Santander y Cesar. Estos departamentos presentan asimismo las más altas prevalencias de déficit en la ingesta de proteínas y calcio. Sin duda, este grupo poblacional desarrolla actividades de educación que seguramente se verán truncadas por la falta de una alimentación adecuada y variada, que aporte los nutrientes que se requieren en esa etapa de la vida. (Jara, 2008, p. 9)

Esto se debe a la importancia de la alimentación, sobre todo, en los primeros años de vida, ya que es una de las épocas en que una persona es más frágil y necesita de los nutrientes suficientes para poder llevar una vida próspera y sana, invadiendo cada una de las esferas de los NNA de las comunidades indígenas.

CUADRO 1. VALORES MÁXIMOS Y MÍNIMOS OBSERVADOS POR LOS INDICADORES DEL ICNC EN LOS DISTINTOS DEPARTAMENTOS

Dimensión	Indicador	Mínimo	Máximo
Educación en la Familia	% de madres mayores de 15 años con menos de 3 años de educación aprobados	S.A. y Prov. (6,96%)	Caquetá (22,70%)
Identidad	% niños (as) menores de 5 años sin inscripción en el RC	S.A y Prov. (0,6%)	Magdalena (23,4%)
Salud	% de madres gestantes con menos de 4 controles prenatales	Quindío (7,06%)	La Guajira (36,68%)
	% niños (as) menores de 16 años sin aseguramiento en salud	S.A. y Prov. (10,93%)	Córdoba (54,83%)
	% de niños (as) entre 11 y 23 meses sin la tercera dosis de DTP y sin la antiserampiosa	Bogotá (8,50%)	Cauca (34,40%)
Educación	% de niños (as) entre 5 y 15 años que no asisten a la escuela o colegio	S.A. y Prov. (5,26%)	La Guajira (30,11%)
	% de niños (as) entre 7 y 15 años que no saben leer y escribir	Bogotá (9,85%)	La Guajira (37,17%)
Habitabilidad	% niños (as) que habitan viviendas sin conexión a servicios públicos domiciliarios* y si la vivienda está construida con material deficiente**	Bogotá (0,48%)	Córdoba (42,92%)
Riesgos	% niñas entre 12 y 17 años con hijos nacidos vivos	Bogotá (2,73%)	Caquetá (6,15%)
	% de niños (as) entre 12 y 17 años activos en el mercado laboral	S.A. y Prov. (3,79%)	Chocó (22,90%)
Alimentación	% de niños (as) menores de 5 años con desnutrición crónica	S.A. y Prov. (2,45%)	La Guajira (24,09%)
	% niños (as) entre 0 y 15 años con riesgo de consumo de alimentos***	Cundinamarca (3,42%)	La Guajira (20,05%)

* (acueducto, alcantarillado, recolección de basuras) y ** (piso de tierra, o no tiene paredes o si las paredes son de zinc, tela, cartón, latas, desechos y plásticos)

*** % niños entre 0 y 15 años que "Por FALTA de dinero, ... no consumieron NINGUNA de las tres COMIDAS BÁSICAS (desayuno, almuerzo, comida), uno o más días de la semana pasada"

Fuente: Elaboración del GIDR con base en Censo 2005 y ENDS2005.

FUENTE: AGUADO, L., OSORIO, A. Y GARCÍA, C. (2009). UN ÍNDICE DE CARENCIAS EN LA NIÑEZ: UNA APROXIMACIÓN POR DEPARTAMENTOS PARA COLOMBIA. *REVISTA DE ESTUDIOS REGIONALES*, 85, P. 31.

De acuerdo con la anterior gráfica, La Guajira tiene el máximo porcentaje en relación con las dimensiones de salud, educación y alimentación. Encontrando que según el área de salud, La Guajira tiene el 36,68% de madres gestantes con menos de 4 controles prenatales; en la dimensión de educación La Guajira tiene el 30,11% de niños entre 5 y 15 años que no asisten al colegio, y el 37,17% de niños entre 7 y 15 años que no saben leer y escribir; y en la dimensión de alimentación, La Guajira tiene el 24,09% de niños menores de 5 años con desnutrición crónica y el 20,05% de niños entre 0 y 15 años con riesgo de consumo de alimentos.

De lo cual se puede deducir, que desde la gestación existe una problemática en relación con los controles de salud que deben tener las mujeres embarazadas con el propósito de cuidar su salud como la de su hijo. Ahora bien, de acuerdo con los porcentajes de educación, se encuentra una gran problemática en relación con los NNA, debido a su derecho a la educación¹¹ y la consolidación del analfabetismo de estos, lo cual se relaciona directamente con la discriminación¹² que sufren las comunidades indígenas. Y finalmente, los porcentajes de la dimensión de la alimentación demuestran la fragilidad de los menores en sus primeros años de vida y la continua situación empeorada a través de su crecimiento.

Es importante destacar que existe dificultad en el total cumplimiento de los derechos de las comunidades indígenas

¹¹ La situación social de los grupos étnicos se evidencia desde las posibilidades de acceso a los servicios, en especial los de información y tecnología, en donde, se involucran las condiciones de marginación y exclusión que es la limitación al acceso de la información para dichos grupos (Rojas, 2006, p. 51).

¹² (...) se nota cierta discriminación hacia grupos étnicos minoritarios (negros, indígenas), grupos sociales de escasos recursos, hacia el género, homosexuales, orígenes regionales, filiaciones políticas, tendencias de pensamiento y hábitos, lo cual también denota la gran zanja existente en nuestro país en cuanto a los principios mínimos de democracia y de tolerancia que se requieren para construir una cultura de paz. (Acevedo, 2006, p. 3)

(...) debido a los costos mayoritarios que se emplean en la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y la guerrilla, además, porque son estos grupos los más vulnerables frente al tema de la violencia, el desplazamiento, el secuestro, el reclutamiento, las masacres, las desapariciones, las violaciones, etc. El acoso a que han sido sometidos tanto por los grupos ilegales como por la fuerza pública los ha obligado a reducirse en los suburbios de las grandes ciudades, en busca de protección y trabajo, allí, contrariamente les espera una vida de indigencia y delincuencia, como alternativas de sobrevivencia. (Herrán, 2009, p. 209)

2 ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA GUAJIRA

Para el desarrollo de este eje temático, se presentarán las bases que fundamentan nuestras 3 hipótesis, empezando por hacer referencia a la negativa que ha tenido la comunidad indígena a que los médicos de la región atiendan a los niños que se encuentran en un estado crítico de salud, siguiendo, se hará referencia a algunas de las leyes que desde 1996 han reglado el servicio de salud de La Guajira, y que como es de suponer, ha dañado notablemente la situación de este servicio en el departamento, esto frente a nuestra segunda hipótesis donde el cambio de políticas públicas ha afectado notablemente a la comunidad, por último haciendo mención de la falta de planeación del Estado¹³, presentando el plan de ordenamiento vigente en La Guajira.

2.1 NEGATIVA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS A QUE LOS MÉDICOS REVISEN A LOS NIÑOS

En principio, se podría pensar que la negativa de las comunidades indígenas se predica en cuanto los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, ya que, su cosmovisión se basa en su estrecha relación con la tierra¹⁴, pues para ellos es un factor

¹³ "(...) La finalidad misma del Estado es fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz." (Cubides, Grandas y González, 2015, p. 46).

¹⁴ Lo cual se relaciona con sus procesos de organización y lucha, que, aunque datan de la época de la conquista, tomaron mayor fuerza en los últimos cuarenta años, durante los cuales mediante acciones de hecho (tomas de tierra) y de derecho (reconocimiento y aplicación de derechos) han logrado consolidar organizaciones e instituciones de diverso tipo, con fines reivindicativos, de autogestión y de gobierno (Restrepo, 2005, p. 23).

primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, p. 1); sin embargo, entes del Estado se han pronunciado respecto a este tema, afirmando que los padres de los niños afectados son quienes imposibilitan la atención en los centros médicos, así como lo hizo en algún momento la directora del Bienestar Familiar, Cristina Plazas, quien reportó la muerte de tres niños Wayúu, dos en Uribia y otro en Manaure y que al parecer las familias no permitieron que fueran llevados a un centro asistencial. “Hemos encontrado niños que a pesar de estar afiliados a una EPS no reciben atención médica porque sus padres no permiten que les garanticemos atención en salud” (Periódico El Heraldo, 2016).

Pero muchas de las razones de estos padres son, como lo expresó el palabrero Orangel Gouriyú, que la mayoría de los indígenas no tiene recursos y cuando llegan a los hospitales o clínicas, se sienten abandonados porque no reciben la atención completa, “No nos gusta que trasladen a nuestros familiares, porque ninguna EPS cubre los gastos de transporte, ni de estadía y mucho menos alimentación, entonces pasamos trabajo en la ciudad” (El Heraldo, 2016).

Guillermina Epieyu autoridad tradicional de la comunidad del Ciruelo ubicada en la vía entre la capital guajira y Maicao, asegura que además de sentirse abandonados por el Estado, ahora deben enfrentar los señalamientos de quienes los acusan de no dejar que atiendan a sus hijos. Se refiere a la información que circuló hace días sobre el supuesto anuncio de la Fiscalía en cuanto a una investigación a los padres que se llevan a sus hijos de los centros asistenciales y se niegan a que reciban atención médica, tal como fue mostrado en varios videos filmados por algunos doctores. Por lo tanto, expresa: “No es que nosotros no dejemos que no atiendan los niños; los padres no quieren que sus hijos mueran. Es que tenemos muchas dificultades, primero para venir a un hospital y luego para permanecer allí sin tener donde quedarnos ni tener nada qué comer”, manifestó (El Heraldo, 2016).

2.2 CAMBIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS¹⁵

La ley 344 de 1996 se ha considerado como una de las leyes que más ha afectado el sector de la salud en el departamento y que por supuesto ha dejado huellas en la actualidad, debido a que esta reglamentó la racionalización del gasto público, creando una crisis y presentando hospitales donde no se atendían urgencias por falta de presupuesto, esto expresado textualmente por el periódico el tiempo:

En menos de 24 horas la red hospitalaria de La Guajira podrá dejar de dar señales de vida, según lo anunciado por las fuerzas vivas de la región en la reciente Declaración de Riohacha, hecha a propósito del déficit presupuestal del Sector Salud del departamento, que supera los \$18 mil millones de pesos. (Periódico el tiempo, 1998)

2.3 POBLACIÓN GLOBAL Y DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES AFILIADOS AL SGSSS

Si se analiza la población menor de 5 años afiliada a sistemas de salud, y se cruza con las proyecciones del DANE para el mismo grupo de edad, se obtendría que habría aproximadamente 50.401 niños y niñas menores de 5 años sin cobertura de salud, concentrándose la mayor población en Manaure, Uribía y Riohacha respectivamente.

CUADRO 2. NIÑOS Y NIÑAS MENORES DE 5 AÑOS AFILIADOS AL SGSSS

Área	Población DANE 2015	0 a 5 años				Población No cubierta	Hombre	Mujer
		Total	Contributivo	En Excepción	Subsidiado		0 a 5 años	0 a 5 años
TOTAL	151.633	101.232	14.690	832	85.710	50.401	51.653	49.579
		100,0%	9,7%	0,5%	56,5%		33,2%	

Fuente: SINFONIA SISPRO - Datos con corte a 19 de Febrero de 2015

FUENTE: GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA. PLAN DE DESARROLLO 2016- 2019

¹⁵ “De forma que así esté consagrado constitucionalmente un derecho, no implica que la situación que libra o a la que da acceso este derecho se constituya en una realidad. En este sentido, Sen sobre la base de lo que llama metaderecho sugiere que los derechos consagrados (sociales, económicos, políticos) deben tener la posibilidad de ser exigidos a través de las políticas públicas. Es decir, la real posibilidad de disponer de una política pública clara que busque alcanzar el logro del derecho, así no sea viable en el corto plazo su plena satisfacción por restricciones de diverso orden, por ejemplo; presupuestales.” (Aguado, 2008, p. 206)

De acuerdo a lo publicado por el Ministerio de la Protección Social, La Guajira tiene coberturas de casi el 100% en salud todos los municipios, las coberturas globales de menores de 5 años por régimen son las siguientes: Contributivo 9.7%, en Excepción el 0.5%, Subsidiado el 56.5% y sin ningún tipo de aseguramiento el 33.2%, partiendo de cifras DANE, sin embargo los análisis comparativos señalan que hay municipios con coberturas globales de apenas el 53.4% como Distracción, 59.4% como Hatonuevo, 53.2% como Manaure, 48.7 como Urumita

CUADRO 3. PERSONAS AFILIADAS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD

Área	Población DANE 2015	Total			total asegurado	%	Diferencia
		Contributivo	En Excepción	Subsidiado			
Albania	26.606	8.642	118	16.231	24.991	93,9%	1.615
Barrancas	34.619	7.770	514	18.243	26.527	76,6%	8.092
Dibulla	32.983	910	364	28.808	30.082	91,2%	2.901
Distracción	15.790	559	144	7.722	8.425	53,4%	7.365
El Molino	8.728	488	106	5.992	6.586	75,5%	2.142
Fonseca	33.254	10.595	505	22.731	33.831	101,7%	-577
Hato Nuevo	24.916	4.016	149	10.646	14.811	59,4%	10.105
La Jagua Del Pilar	3.213	29	22	1.785	1.836	57,1%	1.377
Maicao	157.054	25.272	2.844	157.167	185.283	118,0%	-28.229
Manaure	103.961	920	659	53.702	55.281	53,2%	48.680
Riohacha	259.492	62.330	3.334	187.200	252.864	97,4%	6.628
San Juan Del Cesar	37.327	11.634	614	31.280	43.528	116,6%	-6.201
Uribia	174.287	3.939	921	140.647	145.507	83,5%	28.780
Urumita	17.910	1.656	155	6.919	8.730	48,7%	9.180
Villanueva	27.657	4.748	320	17.884	22.952	83,0%	4.705
TOTAL	957.797	143.508	10.769	706.957	861.234	89,9%	131.570

Fuente: SISPRO - Datos con corte a 19 de Febrero de 2015 y DANE

FUENTE: GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA. PLAN DE DESARROLLO 2016- 2019

Si se analiza la cobertura de niños y niñas hasta los 5 años, se observa que la cobertura oficial sería de apenas del 66.8%.

CUADRO 4. COBERTURA AFILIACIÓN AL SGSSS DE NIÑOS Y NIÑAS HASTA LOS 5 AÑOS DE EDAD

Área	Población DANE 2015	0 a 5 años			Total	%	Diferencia
		Contributivo	En Excepción	Subsidiado			
Albania	4.168	951	7	1.980	2.938	70,5%	1.230
Barrancas	5.417	837	27	2.398	3.262	60,2%	2.155
Dibulla	5.469	52	16	4.627	4.695	85,8%	774
Distracción	2.271	68	7	1.043	1.118	49,2%	1.153
El Molino	1.099	43	6	530	579	52,7%	520
Fonseca	4.617	1.240	28	2.963	4.231	91,6%	386
Hato Nuevo	3.849	447	6	1.457	1.910	49,6%	1.939
La Jagua Del Pilar	400	5	1	198	204	51,0%	196
Maicao	23.595	2.551	282	18.098	20.931	88,7%	2.664
Manauare	18.218	33	36	5.745	5.814	31,9%	12.404
Riohacha	41.527	6.597	259	23.178	30.034	72,3%	11.493
San Juan Del Cesar	4.990	1.088	45	3.411	4.544	91,1%	446
Uribía	30.162	196	89	17.520	17.805	59,0%	12.357
Urumita	2.297	158	7	693	858	37,4%	1.439
Villanueva	3.554	424	16	1.869	2.309	65,0%	1.245
TOTAL	151.633	14.690	832	85.710	101.232	66,8%	50.401

Fuente: SISPRO - Datos con corte a 19 de Febrero de 2015 y DANE

FUENTE: GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA. PLAN DE DESARROLLO 2016- 2019

Otra fuente de información que permite corroborar el déficit de cobertura está en las bases de datos de afiliación de población en el régimen subsidiados vs las proyecciones DANE, donde entre los municipios de Albania, Dibulla, Maicao, Riohacha y Uribía, se tendrían afiliados 72.187 indígenas que superan las proyecciones oficiales del DANE para estos grupos étnicos¹⁶.

CUADRO 5. COBERTURA POBLACIÓN INDÍGENA AL SGSSS 2015

	INDÍGENAS AFILIADOS AL RÉGIMEN SUBSIDIADO 2015	POBLACIÓN INDÍGENA PROYECTADA POR EL DANE 2015	DIFERENCIA PROYECCIONES DANE
Albania	8.949	5.592	3.357
Dibulla	12.522	5.287	7.235
Maicao	67.151	40.720	26.431
Riohacha	59.694	32.168	27.526
Uribía	114.004	106.366	7.638
Total	262.320	190.133	72.187

Min protección social

FUENTE: GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA. PLAN DE DESARROLLO 2016- 2019

Estas coberturas deben ser revisadas con mucho cuidado, dado que se miden frente a las proyecciones censales del DANE, aún es muy alta la población que no tiene ningún tipo de aseguramiento (y

¹⁶ “Debido a la importancia de los grupos étnicos, se debe instaurar una especial protección por parte del Estado para sus integrantes, por motivo de las diferentes condiciones en las cuales viven los mismos” (Cubides, Barreto y Vivas, 2017, p. 303).

que se atienden bajo la modalidad de vinculados). Aparte de que hay un déficit formal de cobertura de 67.195 indígenas con base en las proyecciones censales, se une los problemas de afiliación, que ha sido evidenciado por la Defensoría del Pueblo la cual al llegar a algunas comunidades indígenas detecto que el mismo grupo familiar se encuentra afiliado a cinco o más EPS diferentes lo que complica su atención.

Para un ejemplo, de acuerdo a la información suministrada por la líder indígena Matilde López Arpushana, en la comunidad Indígena Koloyusu del Municipio de Riohacha, de 10 beneficiarios de la comunidad del sistema de salud son atendidos por 9 EPS diferentes y uno no se encuentra afiliado (Saludvida S.A E.P.S, Cajacopi Atlantico, Saludvida S.A .E.P.S, Anaswayuu Epsi, Barrios Unidos de Quibdo, Dusakawi, Comfaguajira, Caprecom y hay un no afiliado). A mayo de 2012 había 27 EPS en La Guajira las cuales se distribuían por municipio de la siguiente forma:

CUADRO 6. GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA. PLAN DE DESARROLLO 2016- 2019

	CONTRIBUTIVO	EXCEPCIÓN	SUBSIDIADO	Total general
RIOHACHA	15	1	13	26
MAICAO	8	1	9	17
SAN JUAN DEL CESAR	8	1	8	16
URIBÍA	6	1	8	14
BARRANCAS	7	1	5	13
VILLANUEVA	7	1	6	12
FONSECA	7	1	4	11
MANAURE	3	1	8	11
ALBANIA	4	1	5	10
DIBULLA	4	1	5	10
EL MOLINO	5	1	3	9
HATONUEVO	4	1	4	9
URUMITA	3	1	4	8
DISTRACCIÓN	2	1	4	7
LA JAGUA DEL PILAR	1	1	2	4

MinSalud, Afiliados BDUA Departamento Municipio EPS Mayo de 2012

FUENTE: GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA. PLAN DE DESARROLLO 2016- 2019

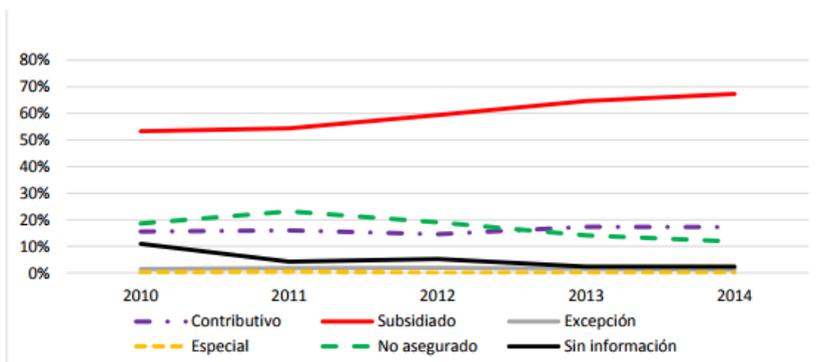
La líder Matilde López Arpushana manifestó haber identificado la siguiente situación al interior de sus comunidades:

- De 2.829 niños y niñas atendidos el 5,6% está sin Registro Civil es decir 195 niños y niñas
- De 2.829 niños y niñas atendidos el 9,7% no están afiliados al SGSSS es decir 339 niños y niñas

- De 2.829 niños/as no están vacunados el 23% es decir 651 niños y niñas
- De los niños/as mayores de 2 años el 72% está sin desparasitar.
- De 2.829 los niños/as el 72% no cuenta con control de crecimiento y desarrollo decir 2,037 niños y niñas.
- De 304 mujeres gestantes 48% están sin vacunas es decir a 255 no se le ha aplicado ningún biológico
- Ninguno de los atendidos es decir 3.490 personas no cuentan con certificados médicos ni odontológicos.

Sorprende el comportamiento de la tasa de mortalidad en el régimen subsidiado en el mismo periodo que viene creciendo en forma alarmante, la cual en el 2008 se ubicaba en el 48.6% en el 2009 paso al 49.8%, en el 2010 subió a 53.3%, en el 2011, creció a 54.3%, en el 2012 paso a 59.4% y en el 2013 llego al 64.3% y en el 2014 llego al 67.3% del total muertes no fetales.

GRÁFICA 1. MUERTES POR RÉGIMEN DE AFILIACIÓN



FUENTE: GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA. PLAN DE DESARROLLO 2016- 2019

CUADRO 7. MUERTES POR RÉGIMEN DE AFILIACIÓN

	2010	%	2011	%	2012	%	2013	%	2014	%
Contributivo	238	15,5%	250	16,0%	215	14,5%	261	17,3%	277	17,2%
Subsidiado	816	53,3%	850	54,3%	880	59,4%	976	64,6%	1.084	67,3%
Excepción	22	1,4%	28	1,8%	28	1,9%	24	1,6%	21	1,3%
Especial	3	0,2%	8	0,5%	0	0,0%	1	0,1%	1	0,1%
No asegurado	285	18,6%	362	23,1%	282	19,0%	213	14,1%	190	11,8%
Sin información	168	11,0%	66	4,2%	77	5,2%	35	2,3%	38	2,4%
TOTAL	1.532	100,0%	1.564	100,0%	1.482	100,0%	1.510	100,0%	1.611	100,0%

DANE: Estadísticas Vitales, Muerte no fatales

FUENTE: GOBERNACIÓN DE LA GUAJIRA. PLAN DE DESARROLLO 2016- 2019

Las muertes de la población subsidiada también señala otra cosa, si los POS subsidiado y contributivo son iguales, los servicios de atención deberían ser iguales, pero los resultados de mortalidad indican que no se les está prestando el mismo servicio, es decir, ser subsidiado es sinónimo de riesgo de mortalidad y en parte esto obedece a la proliferación de IPS, especialmente indígenas y privadas con quien las EPS contratan la mayor parte del portafolio de servicios, sin que las mismas tengan capacidad de atención y mucho menos capacidad resolutoria, esta es una clara señal de que el sistema está fallando y las consecuencias es la elevada tasa de muertes en este sistema de aseguramiento (Plan de desarrollo territorial 2016-2019).

Teniendo en cuenta lo desarrollado en cuanto a la situación precaria de este servicio, se han creado modificaciones e iniciativas en el plan de desarrollo como lo es el Modelo de Atención Integral en Salud (MIAS). Su propósito es la integralidad en el cuidado de la salud y el bienestar de la población y los territorios en que se desarrollan, lo cual requiere la armonización de los objetivos y estrategias del Sistema alrededor del ciudadano como objetivo del mismo. Esto implica generar las interfaces entre los agentes institucionales, las normas y los procedimientos del Sistema y su adaptación a los diferentes ámbitos territoriales. Lo anterior exige la interacción coordinada de las entidades territoriales, los aseguradores, los prestadores y las demás entidades, que, sin ser del sector, realicen acciones sobre los determinantes y riesgos relacionados con la salud. No obstante, esta integralidad no implica unicidad ya que las características de las poblaciones y de los territorios tienen diferencias. La implementación de un nuevo modelo de atención exige poner a disposición de los agentes un conjunto de

herramientas (políticas, planes, proyectos, normas, guías, lineamientos, protocolos, instrumentos, metodologías, documentos técnicos) que integran los objetivos del Sistema de Salud con los de la Seguridad Social, orienten la respuesta del Sistema y alineen su regulación. Es por ello que se requiere la conducción de una autoridad sanitaria que lidere y oriente las estrategias, acciones, intervenciones y tecnologías que serán implementadas de manera coordinada y articulada con los diferentes agentes del SGSSS y otros sectores que aportan a la garantía del derecho a la salud y al desarrollo humano (Plan de ordenamiento territorial 2016-2019).

Se espera que con esta iniciativa y la ayuda del gobierno departamental se llegue a dar un desarrollo óptimo de este modelo, para que la crisis que se ha venido dando y la tasa de mortalidad tan elevada sobretudo en los niños sea disminuida, ya que si bien este plan de desarrollo fue realizado para hacerse efectivo desde el año 2016, en marzo de 2017, con la visita del Ministro de Salud Alejandro Gaviria este mismo aseguro que existe un gran estado de abandono y dejadez en la secretaria de salud del departamento y que se tienen muchos retos que cumplir para que este estado cambie a una mejor perspectiva (El Herald, 2017).

3 CONTEXTO INTERAMERICANO EN RELACIÓN CON LA SITUACIÓN DE LA GUAJIRA

La aparición de los derechos de las minorías en el derecho internacional¹⁷ tuvo orígenes diferentes. Fue estimulada en gran parte por las experiencias de la Europa oriental poscomunista. Después del final de la guerra fría, había inicialmente un gran optimismo acerca de que la democracia liberal surgiría en todo el mundo (Kymlicka, 2008). Esto, desde entonces ha logrado tomar a las minorías como sujetos de derechos como lo son el Derecho a la salud. En el año 2015, se presentó una Medida Cautelar¹⁸ de la Comisión

¹⁷ Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos se presentan como la opción internacional más viable para lograr una protección efectiva de los derechos humanos por regiones geográficas y culturas jurídicas (Cubides y Vivas, 2012).

¹⁸ “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene diferentes instrumentos jurídicos, los cuales tienen como principal función proteger los Derechos Humanos de las personas de los Estados que se encuentran en esta región. Ejemplo de estos instrumentos, son: las peticiones que reciben, casos en fondo, decisiones de archivo, etc. (...)” Jaime Cubides Cárdenas y Paula Andrea Barreto Cifuentes,

Interamericana de Derechos Humanos¹⁹, la cual se encuentra relacionada con la situación expuesta a lo largo del presente trabajo, evidenciando la crítica situación a la cual están expuestos los niños, niñas y adolescentes de La Guajira.

MC 51/15 – Niñas, niños y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, departamento de la Guajira, Colombia. 9. El 11 de diciembre de 2015, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de niños, niñas y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, en el departamento de la Guajira, Colombia. La solicitud de medidas cautelares alega que los beneficiarios se encontrarían en riesgo debido a la presunta falta de acceso a agua potable y el estado de desnutrición de niños y niñas de la comunidad. Según la información de la solicitud, esta situación habría causado la muerte a 4770 niños y niñas durante los últimos ocho años. Tras analizar los alegatos de hecho y de derecho, la Comisión considera que la información, en principio, demuestra que los miembros de estas comunidades se encuentran en una situación de gravedad y urgencia, puesto que sus vidas e integridad personal se encontrarían amenazadas y en riesgo. En consecuencia, de acuerdo con el Artículo 25 del Reglamento de la CIDH, la Comisión solicitó al Estado de Colombia que adopte las medidas necesarias para preservar la vida y la integridad personal de niños, niñas y adolescentes de las comunidades de Uribía, Manaure, Riohacha y Maicao del pueblo Wayúu, en el departamento de la Guajira. En particular, se solicitó asegurar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud, con un enfoque integral y culturalmente adecuado, con el fin de atender la desnutrición infantil, así como tomar medidas inmediatas para que las comunidades beneficiarias puedan tener, a la brevedad posible, acceso al agua potable y a alimentos en calidad y cantidad suficientes. Asimismo, la Comisión solicitó al Estado de Colombia que concierte las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes, y a informar a la Comisión sobre la adopción de las medidas cautelares requeridas en forma periódica.

“Análisis de las Medidas Cautelares en Colombia por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2010-2015”. En *Tendencias Contemporáneas del Derecho Procesal*, Eduardo Velandia (Ed.), 389-420. (Bogotá: Universidad Libre), 389.

¹⁹ “Cabe decir que en la Corte IDH observamos un contexto diferente en cuanto a la protección de minorías y comunidades raizales. A diferencia de Europa, América se caracteriza por ser un territorio donde está establecido un gran número de comunidades que se han relacionado con las autoridades estatales desde las épocas de la Conquista.” (Vivas, Rivera, Parra y Ortega, 2012, p. 129).

En relación con la Medida Cautelar anteriormente presentada, es de gran importancia resaltar que esta es una situación de gran preocupación tanto a nivel nacional, como a nivel internacional²⁰ en cuanto a los Derechos Humanos²¹, debido a la especial protección de la que gozan las personas que están siendo víctimas de tal desnutrición. Es decir, las comunidades indígenas se encuentran protegidas especial y constitucionalmente en su calidad de grupos étnicos²², debido a la preservación que existe en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991 por sus tradiciones y culturas, que caracterizan especialmente al país. Por otra parte, los niños, niñas y adolescentes gozan de especial protección constitucional; de lo cual se puede deducir que es impresionante que a pesar de que las víctimas de esta situación tienen doble protección especial constitucional, se encuentren pasando por esta situación de gravedad y urgencia.

CONCLUSIONES

Es importante destacar que la problemática del departamento de La Guajira se relaciona directamente con la ejecución de las políticas públicas, ya que, legislativamente los principios y fines que rigen las principales situaciones del país, en encuentran positivizados en determinada ley. En este caso, se expone la ley 1451 del 2011²³, debido a la importancia que conlleva desde el inicio la finalidad del

²⁰ “En el marco de la sanción por la violación de derechos humanos, los mecanismos dispuestos por Naciones Unidas, el Sistema Penal Internacional de la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se dirigen a concebir la integralidad de la reparación de los daños sufridos por las víctimas de hechos atroces ocurridos por la violación a los derechos humanos, en tanto derecho humano exigible por ellas.” (Vivas, 2015, p. 12).

²¹ La importancia de los Derechos Humanos radica en que “Una de las realidades que más aflige a la humanidad es la constante presencia de conductas por las cuales una persona en contra de otra, vulnera gravemente sus derechos fundamentales (...)” Jaime Cubides Cárdenas y Paula Andrea Barreto Cifuentes. “Positivización del ordenamiento convencional interamericano en Colombia.” En Derecho Procesal Constitucional: Codificación Procesal Constitucional, Eduardo Velandia (Dir. Científico), 661-680. (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017), 674.

²² La etnicidad es “el proceso de identificación étnica construido sobre la base de una relación -interétnica- de un grupo. Este grupo, debido a un conjunto de factores económicos, políticos, religiosos y otros, organiza socialmente su identidad étnica, por lo general con referencia al Estado u otros grupos que poseen identidades sociales diferentes y hegemónicas”. (Bello, 2004, p. 43)

²³ Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones. (Congreso de la República de Colombia, Ley 1454 de 2011)

ordenamiento territorial, en relación con la asignación de recursos correspondiente y que los mismos lleguen a todo el país a través de las entidades territoriales y las políticas públicas creadas para tal fin.²⁴ Desde esta perspectiva, se enmarca una de las problemáticas y una de las críticas que ha tenido más relevancia a través de los años en congresos, foros, investigaciones y hasta notas periodísticas, la cual se enmarca en una frase: las políticas públicas existen en la ley, los principios, conceptos y fines se encuentran positivizados, pero cada uno de ellos se queda simplemente tipificado en un papel, es decir, no se ve en la realidad. Es imprescindible presentar este análisis debido a la falta de interés que se presenta en esta situación de gran importancia, ya que, sin medidas ejecutadas y sin instrumentos realmente eficaces y sobre todo eficientes, no se evidenciarán las palabras escritas en las leyes, reglamentos, etc.

La situación que se presenta en el departamento de La Guajira es de gran preocupación para la comunidad en general, debido a que los principales afectados son los niños, niñas y adolescentes (NNA), lo cual se enmarca en una total contradicción, ya que, los mismos pertenecen a una comunidad que tiene especial protección por parte de la Constitución Política de Colombia, en cuanto a su condición de menores, además de tener especial protección constitucional por ser integrantes de las comunidades indígenas.

Es importante mencionar, que se presenta una medida de carácter internacional, la cual ha obligado al Estado colombiano a realizar y ejecutar políticas con el fin de disminuir y eliminar la tasa de mortalidad de los niños, niñas y adolescentes en La Guajira por causa de la desnutrición, ya que, el mismo tiene una obligación especial con estas comunidades y con los NNA que las conforman.

En cuanto a si el Estado colombiano es el único responsable de esta tasa de mortalidad presentamos como conclusión que sí,

²⁴ La finalidad del ordenamiento territorial es promover el aumento de la capacidad de descentralización, planeación, gestión y administración de sus propios intereses para las entidades e instancias de integración territorial, fomentará el traslado de competencias y poder de decisión de los órganos centrales o descentralizados del gobierno en el orden nacional hacia el nivel territorial pertinente, con la correspondiente asignación de recursos. El ordenamiento territorial propiciará las condiciones para concertar políticas públicas entre la Nación y las entidades territoriales, con reconocimiento de la diversidad geográfica, histórica, económica, ambiental, étnica y cultural e identidad regional y nacional. (Congreso de la República, Ley 1454 de 2011)

puesto que por la falta de planeación del Estado, los recursos para la salud en la Guajira o son insuficientes o simplemente no se encuentran, dando como resultado una perspectiva donde no hay estructuras estables, hay falta de medicamentos, instrumentos y profesionales, lo que hace que aunque las comunidades se nieguen a entregar a sus hijos, si se lograra no habría maneras óptimas para tratar los problemas con los que los niños niñas y adolescentes llegan a las instituciones.

La situación de las comunidades indígenas en la Guajira es precaria, por lo cual se necesita especial atención del Estado para que la situación comience a cambiar; es necesario que antes de tratar de atender a los niños como sean las condiciones como en un afán de se noten los resultados, se creen lugares propicios para la atención de los mismos dando una garantía mucho más grande de su recuperación satisfactoria, por lo cual después del debido estudio y en nuestra opinión, la hipótesis que mas enmarca la problemática es que el Estado sigue sin destinar recursos para mejorar las estructuras de los establecimientos, lugares donde haya suficientes medicinas, instrumentos y personal capacitado para las necesidades de los niños y niñas de las comunidades indígenas. Por lo tanto, es el Estado el único responsable, ya que si no hay un lugar propicio ¿cómo se espera lograr que los niños se recuperen y dejen de morir?

Además de esto, si se ha evidenciado la falta de recursos de las comunidades indígenas, estos no tendrán para poderse mantener en lugares diferentes a sus viviendas mientras los niños son atendidos, y aunque los niños son lo más importante, también se deben crear garantías para que quienes son responsables de ellos puedan tener una posibilidad de que estos sean atendidos, para poder pagar sus medicinas, y para poder sobrevivir en lugares alejados de sus viviendas.

Lo que crea en nosotros la idea de iniciativas donde se ampare a los padres de niños indígenas que no tengan recursos, para que tengan un lugar donde quedarse mientras son atendidos, y tengan como llegar e irse de las instituciones de salud.

Para lo cual se presenta como solución a la problemática, la implementación del dinero que sea necesario para el mejoramiento de todos los centros de salud en la Guajira, para que con esto se lleguen a tener lugares propicios para la atención de no solo los NNA sino de todas las personas que necesiten acudir; además de esto, es necesario que para las comunidades indígenas que son afectadas por

grandes índices de pobreza se destinen recursos en cuanto a las necesidades básicas que tienen los padres para llevar a sus hijos a los centros de salud, y para poder mantenerse en lugares que son alejados de sus viviendas, ya que esta es la razón por la que las personas alegan no poder llevar a sus hijos a estos lugares. Creando así, políticas de protección en el sentido de salud para las comunidades indígenas, y más aun para los niños niñas y adolescentes que hagan parte de estas comunidades.

REFERENCIAS

Doctrina

Acevedo, A. (2006). A propósito de algunas reflexiones sobre educación y políticas de exclusión en Colombia. *Red Reflexión Política*, 5.

Aguado, L. y García, C. (2008). Monitoreando el bienestar de la niñez en Colombia. *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, 14(2), pp. 199-219. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/280/28011672002.pdf>

Aguado, L., Osorio, A. y García, C. (2009). Un índice de Carencias en la Niñez: Una aproximación por Departamentos para Colombia. *Revista de Estudios Regionales*, 85, pp. 17-51. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/755/75511762001.pdf>

Bello, A. (2004). Etnicidad y ciudadanía en América Latina: la acción colectiva de los pueblos indígenas. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2009). Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de: https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales_esp.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2015). *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10486.pdf>.

Cubides, J. y Barreto, P. (2017). *Análisis de las Medidas Cautelares en Colombia por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos 2010-2015*. En E. Velandia (Dir. Científico), Tendencias contemporáneas del Derecho Procesal (389-420). Bogotá, Colombia: Universidad Libre.

Cubides, J. y Vivas T. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*, 8 (2), 184-204.

Cubides, J., Barreto, P. y Vivas, W. (2017). *La incidencia del medio ambiente en los grupos étnicos colombianos: comunidades indígenas y afrocolombianas*. En W. Vivas (Coord.), La protección constitucional de los étnicos y del medio ambiente (301-332). Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.

Cubides, J., Grandas, A. y González, J. (2015). "Constitucionalismo multinivel (CM): El nuevo paradigma en la protección de los derechos fundamentales". En O. Agudelo (Ed.) *Perspectivas del constitucionalismo* (45-60). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Díaz-Polanco, H. (2006). *Elogio de la diversidad. Globalización, multiculturalismo y etnofagia*. México: Siglo XXI editores.

Duarte, M, Ortega, M, Mora, L, Coromoto, N. (2011). Un modelo de atención en salud al pueblo wayúu en la frontera colombo-venezolana. *Rev Panam Salud Publica*; 30(3), pp.272–8.

Galán, A. (2016). Los Derechos Humanos fundamentados mediante la legitimación y la moral jurídica. *Novum Jus*, 10(1).

García, S. (2015). El multiculturalismo como modelo de gobernanza en Chile: Estado, Academia y Brokers. (Tesis Doctoral) Pontificia Universidad Católica de Chile.

Gobernación de la Guajira. Plan de desarrollo 2016- 2019. Recuperado de: <http://www.laguajira.gov.co/web/attachments/article/3371/Plan%20de%20Desarrollo%20La%20Guajira%202016-2019%20-%20Parte%203%20De%205.pdf>

Gonzales, A. (2000). Epidemia de malaria en La Guajira: una muestra lamentable de la situación de salud pública en el país. Vol. 20, pp. 151-152 Instituto Nacional de Salud Bogotá, Colombia.

Herrán, O. (2009). Las minorías étnicas colombianas en la Constitución Política de 1991. *Prolegómenos, Derechos y Valores*, 12(34), pp. 189-212.

Jara, M. (2008). Hambre, desnutrición y anemia: una grave situación de salud pública. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, 7(15), pp. 7-10. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/545/54571501.pdf>

Kymlicka, W. (2008). Los derechos de las minorías en la filosofía política y en el derecho internacional. En *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 22, 46-72. [Fecha de consulta: 05 de octubre de 2017] Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222950004.pdf>

Lissbrant, S. (2015). Seguridad alimentario y nutricional en la Región Caribe: Consecuencias de la desnutrición y buenas prácticas como soluciones. *Investigación & Desarrollo*, 23(1), pp. 117-138. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/268/26839041005.pdf>

Ministerio de Cultura (s.f.). 200 *cultura es independencia- Caracterización del pueblo Embera Katío*. Recuperado de: http://www.institutodeestudiosurbanos.info/dmddocuments/cendocieu/coleccion_digital/Desplazamiento_Embera/Caracterizacion_Pueblo_Embera-Min_Cultura.pdf

Mogollón, S. y García, J. (2016). Tendencias y causas de la mortalidad infantil en municipios de frontera en Colombia, 2005-2011. *Revista de Salud Pública*, 18(5), pp. 700-713. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/422/42249785002.pdf>

Restrepo, B., Restrepo, M., Beltrán, J. Rodríguez, M. y Ramírez, R. (2006). Estado nutricional de niños y niñas indígenas de hasta seis años de edad en el resguardo Embera-Katío, Tierralta, Córdoba, Colombia. *Biomédica*, 26(4), pp. 517-527. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/843/84342606.pdf>

Restrepo, O. (2005). Ciudadanía, género y conflicto en pueblos indígenas. *Convergencia*, 12(037), pp. 11-57.

Rojas, N. (2006). El proyecto Centro de conocimiento sobre/de grupos étnicos indígenas Centroamericanos: una sinopsis. *Revista Bibliotecas*, 24(1-2).

Segura, A. y Cubides, J. (2010). Aproximaciones históricas sobre la migración y la incidencia de la propiedad en el desplazamiento forzado en Colombia. *Logos ciencia y tecnología*, 2(1)

Vivas, T. (2015). *Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de Derechos Humanos: Análisis comparado*. En Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, (11-35). Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2015.

Vivas, T., Rivera, N., Parra, L. y Ortega, L. (2012). Minorías étnicas en la jurisprudencia del tribunal europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Novum Jus*, 6(1).

Notas periodísticas

El Heraldo. (Noviembre de 2016) Wayuu dicen que no permitirán que los médicos atiendan a sus hijos. Recuperado de: <https://www.elheraldo.co/la-guajira/comunidades-wayuu-no-permitiran-en-sus-territorios-la-asistencia-del-estado-271906>

El Heraldo. (Noviembre de 2016). “Wayuu no llevan a sus hijos a EPS por razones culturales”. Recuperado de: <https://www.elheraldo.co/la-guajira/wayuu-no-llevan-hijos-eps-por-razones-culturales-cristina-plazas-195994>

El Heraldo. (Marzo de 2017). Panorama de “abandono” encontró el MinSalud en Secretaría de Salud en la Guajira. Recuperado de: <https://www.elheraldo.co/la-guajira/panorama-de-abandono-encontro-minsalud-en-secretaria-de-salud-de-la-guajira-335749>

Redacción El Tiempo. (28 de septiembre de 1998). La salud en la Guajira, a punto del colapso. Periódico El Tiempo. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-844279>

Legislación

Ley 344 de 1996.

Cuadros

Cuadro 1: Aguado, L., Osorio, A. y García, C. (2009). Un índice de Carencias en la Niñez: Una aproximación por Departamentos para Colombia. *Revista de Estudios Regionales*, 85, pp. 17-51. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/755/75511762001.pdf>

Cuadros del 2 al 7: Gobernación de la Guajira. Plan de desarrollo 2016- 2019.

Recuperado de:

<http://www.laguajira.gov.co/web/attachments/article/3371/Plan%20de%20Desarrollo%20La%20Guajira%202016-2019%20-%20Parte%203%20De%205.pdf>

Gráficas

Gráfica 1: Gobernación de la Guajira. Plan de desarrollo 2016- 2019. Recuperado de:

<http://www.laguajira.gov.co/web/attachments/article/3371/Plan%20de%20Desarrollo%20La%20Guajira%202016-2019%20-%20Parte%203%20De%205.pdf>

COMUNIDADES TRADICIONAIS MINORITÁRIAS:

UMA APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PARA A PAZ E O FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA

Fernando de Brito Alves¹

Elídia Aparecida de Andrade Corrêa²

Matheus Conde Pires³

ABORDAGEM TEMÁTICA INICIAL

Objetiva-se, por meio desta pesquisa, trazer ao debate a necessidade da democratização do Poder Judiciário brasileiro, em todas as suas esferas, de modo que haja o conhecimento e o reconhecimento da existência de sistemas jurídicos outros que não o positivado pelo legislativo dos entes federativos. Assim, pretende-se trazer à pauta que os julgamentos podem ser realizados e efetivados por aqueles aceitos pelo próprio grupo em razão do respeito à pluralidade cultural.

Para tanto, pretende-se, destacar entre os sistemas jurídicos plurais aqueles relativos às comunidades tradicionais minoritárias, como as tribos indígenas, quilombolas, comunidades ribeirinhas,

¹ Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Coordenador dos Cursos de Pós-graduação Stricto Sensu da UENP- Universidade Estadual do Norte do Paraná. Coordenador do Grupo de Pesquisa vinculado à linha de pesquisa Teorias da Justiça – Inclusão social e democracia

² Doutoranda do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Integrante do Grupo de Pesquisa vinculado à linha de pesquisa Teorias da Justiça – Inclusão social e democracia.

³ Aluno de graduação da Faculdade de Direito da da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Integrante do Grupo de Pesquisa vinculado à linha de pesquisa Teorias da Justiça – Inclusão social e democracia

entre outros, que em face de sua composição comunitária baseada em uma área territorial tradicional, seus usos, costumes, cultura, tradições, religião e organização sócio-política têm condições de solucionar diretamente os conflitos surgidos no seu restrito seio social, em substituição ao Poder Judiciário estatal.

Se mostra como objetivo desta pesquisa compreender melhor o funcionamento das comunidades tradicionais minoritárias e quais critérios podem ser estabelecidos para que estas sejam efetivamente reconhecidas pelo Poder Estatal, sendo definidas formas de convivência e alteridade entre os diversos sujeitos e direitos nascidos do seu politeísmo cultural.

Após este conhecimento e reconhecimento, trazer o marco regulatório para a implantação de meios de efetivação de funcionamento dos sistemas jurídicos próprios como face visível do pluralismo jurídico nas referidas comunidades, partindo inicialmente dos comandos constitucionais trazidos pela Constituição Federal de 1988 em sintonia com a Convenção 169/OIT, passando por normativos conexos, como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Convenção sobre a Proteção e a promoção da diversidade das Expressões Culturais, Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio cultural imaterial, Lei nº 12.288 (Estatuto da Igualdade Racial), entre outros.

O tema proposto para a pesquisa se mostra relevante para toda a comunidade latina americana, vez que a Convenção nº 169 da OIT, que trata dos povos indígenas, tribais e comunidades minoritárias, revela-se como um instrumento possível para a inclusão social de cerca de 40 milhões de indivíduos que não possuem um vínculo de representatividade para com o Estado a que pertencem. Destaca-se que neste número estão incluídas, além dos índios e povos tribais, também outras comunidades tradicionais minoritárias que possuem um patrimônio cultural, tradicional e até mesmo jurídico único e que merecem ser considerados e incluídos na Pátria-mãe, sem, porém, perder sua identidade social e cultural, ou sacrificar parte dela.

Para a abordagem dos vários assuntos indicados, usaremos o método histórico-dedutivo e as técnicas de pesquisa indireta e bibliográfica, pois eles se revelam mais compatíveis com os objetivos propostos.

O artigo, além desta abordagem temática inicial, é formado por três partes analíticas e um levantamento conclusivo, onde serão apontados os enunciados decorrentes dos fundamentos adotados nos vários aspectos abordados neste trabalho.

1 CRISE DO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça informa que no final do ano de 2016 tramitavam, nas várias esferas do Poder Judiciário Brasileiro, cerca de 79,4 milhões⁴ de ações judiciais, com uma distribuição de novas demandas na casa de 24 milhões de ações anuais, o que representa aproximadamente uma ação para cada três brasileiros. Tal fato demonstra que o Poder Judiciário Brasileiro, extremamente fechado e formal, não está cumprindo seu papel primordial, que é o de promover a pacificação social. Ademais, além de faltar-lhe condições materiais, também é possível reconhecer a ausência de uma maior democratização da sua prestação jurisdicional para o reconhecimento da efetiva ocorrência do pluralismo jurídico na sociedade brasileira.

Cerca de 10 anos atrás, iniciou-se um movimento dentro do Poder Judiciário pela aceitação e utilização de métodos alternativos de solução de litígios, entre eles a adoção da mediação, conciliação e arbitragem. Este movimento resultou na inserção de dispositivos no Novo Código de Processo Civil, que preveem a resolução de conflitos por meio da conciliação ou da mediação, além da edição da própria Lei de Mediação e Conciliação no âmbito da Administração Pública (Lei nº 13.140/15).

Não obstante esse movimento de ampliação de acesso à justiça pela adoção de métodos alternativos de solução de litígios, ele não é suficiente por si só para democratizar o Poder Judiciário nacional, até porque, pelo mencionado levantamento do CNJ, apenas 12% dos feitos foram solucionados em 2016 pela utilização de métodos compositivos.⁵

⁴ Justiça em Números 2017: <http://www.cnj.jus.br/pg>. 384

⁵ Idem, pg. 382: "As pesquisas demonstram que os meios consensuais foram responsáveis por apenas 12% da solução dos conflitos, apesar do imenso investimento do CNJ e dos tribunais, desde 2006, em atos normativos, campanhas, sistemas e atividades de capacitação"

De fato, não há, ainda, uma preocupação com o reconhecimento e efetiva implantação de sistemas jurídicos plurais que se verifiquem em comunidades tradicionais minoritárias com um sistema jurídico consuetudinário ou tradicional. O Poder Judiciário brasileiro continua sendo formal e singular, enquanto que no campo do direito social e material temos a ocorrência da multiculturalidade e consequente pluralidade jurídica.

O Brasil é signatário da Convenção nº 169/OIT, que prevê a singularização das comunidades tradicionais minoritárias e traz previsão de sua emancipação jurídica perante um contexto social maior. Tal convenção foi ratificada e promulgada pelo Brasil, mas mesmo assim, alguns dos seus aspectos ainda não foram implantados e efetivados no país. Entre eles a possibilidade de autonomia jurídica e judicial, inclusive no reconhecimento do direito plural e na sua aplicação diretamente pelas CTMs.

A constatação desta realidade trouxe a necessidade de reflexão, especialmente diante do fato de que o Brasil, como nação, ainda não cumpriu o comando constitucional de reconhecer as diferenças entre os cidadãos e de proteger a identidade cultural e territorial das comunidades tradicionais minoritárias, que também se colocam como sujeitos de direito, especialmente o de serem reconhecidos como sujeitos do direito fundamental à inclusão social⁶, com as especificidades próprias de sua condição.

A efetividade das leis ordinárias editadas para o efetivo reconhecimento da multiculturalidade e consequente pluralidade jurídica urge no seio nacional, pois o Brasil precisa cumprir com os objetivos constitucionais, especialmente os estampados no preâmbulo e nos artigos 1º e 3º da CF/88, 215, 216, entre outros. Deve ser adotado um diálogo multifacetário com os diversos segmentos da sociedade, inclusive com oitiva dos mais vulneráveis socialmente, para poder proteger os avanços que foram feitos na questão, e impedir que seu tecido social venha a ser danificado pelos

⁶ O direito fundamental à inclusão social é tratado na obra: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade. *A Ação Civil Pública como Instrumento de Efetivação do Direito Fundamental à inclusão social*. 2007. Dissertação de conclusão do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica. Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP. Encontrado no endereço eletrônico: <http://www.uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/1955-elidia-aparecida-de-andrade-correa/file>

contingenciamentos culturais e jurídicos impostos pelo monismo jurídico adotado em verdadeira situação de estado de coisas

2 ESTADO E DIVERSIDADE CULTURAL

O direito moderno, encontrado na maioria dos países do mundo, especialmente os países ocidentais, tem como pilar essencial o chamado monismo jurídico, que se revela um modelo estatal de controle da produção e da aplicação da lei, criando um só direito aplicável em todo o seu território. Decorre da teoria jurídica positivista formulada originariamente por Hans Kelsen,⁷ obrigando a que se chame de direito apenas o sistema normativo estatal criado pelos órgãos legislativos ou aqueles outros órgãos que venham a ser indicados pelo próprio Estado.⁸

O sistema de divisão de poderes consagra o monismo jurídico, pois define que o órgão legislativo é o único que recebe a faculdade de produzir as normas gerais e abstratas que irão reger a vida dos cidadãos; que o Poder Judiciário é o único que terá por atuação precípua a tutela jurisdicional (dando o caráter de concretude à norma) e o Executivo o órgão que irá governar de acordo com o que dispuser a lei. Este processo de centralização do poder político no Estado especializa as formas de criar, executar e rever o controle social.

No chamado Estado de Direito, as normas que são produzidas sob outras roupagens e não decorrentes da atuação imediata do Estado não levam à obrigatoriedade de obediência por

⁷ KELSEN, Hans. Teoria pura do direito ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. Da obra extrai-se: "Se o Estado é concebido como uma comunidade social, esta comunidade apenas pode, como já acima se expôs, ser constituída por uma ordem normativa. E, visto que uma comunidade apenas pode ser constituída por uma tal ordem normativa (sim, identifica-se mesmo com esta ordem), a ordem normativa que constitui o Estado apenas pode ser a ordem de coerção relativamente centralizada que nós verificamos ser a ordem jurídica estadual. Como comunidade social, o Estado - de acordo com a teoria tradicional do Estado - compõe-se de três elementos: a população, o território e o poder, que é exercido por um governo estadual independente. Todos estes três elementos só podem ser definidos juridicamente, isto é, eles apenas podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência (validade) de uma ordem jurídica." (pg. 201).

⁸ Como por exemplo a Medida Provisória, de edição exclusiva do presidente da República. Decretos regulamentares, pelos órgãos determinados pelas leis; Resoluções; Portarias, etc

parte dos cidadãos. Quando se tratam de normas decorrentes de costumes, elas somente são admissíveis e aplicáveis para orientar a interpretação da lei ou quando a lei sequer existir.⁹

Wolkmer (2001, pag. 24-32) alerta que não se pode ter uma visão ampla de um Estado de Direito e da sua forma positivada de tratar das normas jurídicas (especialmente do direito estatal ocidental) sem identificar a que tipo de organização social ele está vinculado, e, ademais, a que classe de relações estruturais de poder, de valor e de interesses esse sistema positivado reproduz. Isso porque a identidade do Estado-direito decorre exatamente da dualidade Estado-nação, porque este último compreende um só território, uma só cultura, um só idioma e, conseqüentemente, um só ordenamento jurídico, porque há a presunção de que o estado representa um conjunto social homogêneo.

Não se pode perder de vista que existem países pluriculturais, onde a imposição de um único sistema jurídico protetivo pode ignorar a existência de outras realidades culturais e sociais. E esse sistema jurídico uno pode criar um Estado excludente, porque não representa e não consegue expressar a proteção a uma realidade plural de outros grupos sociais ou comunidades não representados oficialmente, levando a uma repressão da diversidade cultural, linguística, e, claro, normativa.

O Estado tem um papel fundamental na garantia das condições mínimas de sobrevivência aos cidadãos, assegurando sua inclusão dentro da sociedade, proporcionando a todos os mesmos direitos de acesso aos órgãos governamentais e todas as suas competências, independente de situação financeira, cor, raça, sexo etc. Isso deve ser feito por intermédio de políticas públicas sérias, que visem o bem-estar da população. Estas políticas devem ser implantadas a partir das necessidades dos cidadãos, por meio de projetos, planejamento e leis, de forma eficiente.

Apesar da tentativa de repressão e uniformização cultural imposta pelos Estados dominantes, nem sempre ela consegue provocar o desaparecimento dos vários e distintos grupos sócio-culturais da nação e, conseqüentemente, dos sistemas de controle social neles existentes. Estes sistemas diversos, chamados de

⁹ Artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

comunidades tradicionais, muitas vezes se mantêm vivos, porém em condições de ilegalidade estatal, em situação de clandestinidade e marginalidade.

O autor mexicano Francisco Lopez Bárcenas, tratando dos Direitos Indígenas no México (2005, pag. 9-11) alerta para o paradoxo criado pela globalização em face dos direitos dos cidadãos dos países soberanos inseridos em organizações supranacionais (por região geográfica, econômica ou política), pois enquanto alteram suas fronteiras e abrem mão de parte de sua soberania, os seus cidadãos buscam formas de manter seu *status quo* e de fortalecer seus laços comunitários e sociais¹⁰. Afirmo o autor que

*La crisis de los Estados nacionales existentes em el planeta há puesto al descubierto que la mayoría de ellos se crearon sin respetar las formaciones culturales nacionales o étnicas y em la mayoría de los violentándolas. Em otras palabras, es una ficción afirmar que a um Estado corresponde una nación y que ésta se integre por um solo Pueblo.*¹¹(BÁRCENAS, 2005, pag. 13).

Bárcenas (2005, pag. 14) alerta, ainda, para o fato de que a crise decorrente da globalização e do domínio das condições econômicas impostas por grandes corporações, especialmente as estrangeiras, trouxe um efeito não desejado, que é exatamente o reforço das identidades culturais de diversos seguimentos sociais do México. Segundo ele:

[...]la crisis há puesto al descubierto aquellos que por mucho tempo se mantuvieron soterrados: los derechos de las mujeres, de los imigrantes, de los homosexuales y de los pueblos indígenas, son ejemplos claros de ello, pues, aunque diferentes, todos 'compartem entre sí poco más que el rasgo de presentar sus exigências políticas em los términos de la identidad diferenciada'. Em el caso de los pueblos indígenas se há reavivado su consciência de pertenecer a formaciones culturales distintas a la dominante y formar sujetos colectivos de derechos. Este reclamo há puesto a la orden del día la vieja discusión sobre la existência de derechos individuales y colectivos." (BÁRCENAS, 2005, pag. 15)

¹⁰ BÁRCENAS, Francisco López. Autonomía Y Derechos Indígenas em México; 2005; CEIICH/UNAM, Ediciones Coyaocán; México.

¹¹ Idem, pág. 14

Bobbio (1997, pag. 35-44), do ponto de vista da produção histórica dos direitos humanos, os classifica em três classes de gerações. Os de primeira geração (direitos civis), os de segunda geração (direitos políticos) e os de terceira geração (os direitos sociais). E está inserida na dimensão da terceira geração de direitos a observância do ideal da solidariedade, seja entre grupos sociais de uma mesma comunidade, entre povos de comunidades diversas, ou entre o homem e o meio ambiente. Tudo como forma de gerar uma vida concreta – para todos – mais saudável e equilibrada, trazendo a autodeterminação dos grupos sociais, entre eles a dos chamados grupos minoritários.

Tais direitos são considerados como coletivos ou difusos, exatamente porque a titularidade não pertence a um indivíduo, mas sim à toda uma coletividade, todo um país, todo um continente e, quiçá, a todo o mundo conhecido e não conhecido por nós. E conseqüentemente, essa ampliação da terceira gerações de direitos, qualificada por novos conteúdos axiológicos como a fraternidade e a solidariedade, gera uma quarta dimensão de direitos, entre os quais encontraremos agora a paz e o desenvolvimento humanitário, nacional e até mesmo entre continentes e utopicamente mundial, ligando umbilicalmente as gerações presentes às que virão.

Na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, o ministro do Supremo tribunal Federal conclui exatamente dessa forma:

[...]os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível.

3 COMUNIDADES TRADICIONAIS MINORITÁRIAS NO CONTEXTO MODERNO

A exponencial ocupação do homem sob o globo terrestre faz das relações sociais algo complexo, em vista das transformações desempenhadas pela própria humanidade “para a manutenção e pelas especificidades culturais de seus agrupamentos” (MORAES, et al, 2015, pg. 2).

Paralelamente a este fator, tem-se a questão da modernidade inerente à sociedade contemporânea, que apresenta como característica marcante o individualismo social (BITTAR, 2014, p. 28; BAUMAN, 2001, p. 41)

Dessa forma, Ulrich Beck (2006, p. 9) identifica em sua análise diante da sociedade contemporânea que aponta ser de risco, que elas “produzem, por si mesmas, os problemas, mas que têm de solucionar”.

Neste ínterim, as relações entre os indivíduos e a sociedade na perspectiva contemporânea se apresenta da seguinte forma:

Nas sociedades modernas a coerção social torna-se mais difusa e é exercida pela divisão do trabalho, segundo Durkheim, dada a interdependência maior que se estabelece entre indivíduos e grupos sociais. A coerção social está presente na pressão velada ou aberta que a sociedade exerce sobre o indivíduo, para que este siga os costumes e comporte-se segundo os valores e as normas vigentes. Nem sempre ela é sentida pelo indivíduo, porque o induz a adaptar-se às regras de convivências sociais (ARAÚJO, et al, 2013, p. 20)

No que tange a realidade brasileira, é possível identificar que a maneira pela qual as etnias brasileiras foram tratadas é resultante, historicamente, da sobreposição de modelos desenvolvimentistas estrangeiros sobre as comunidades latino-americanas (IANNI, 1989, p.56-83).

Nesta perspectiva, nota-se no território nacional brasileiro a existência de comunidades indígenas, que se mostram como aglomerações de indivíduos em uma certa área territorial que se relacionam estritamente para com a natureza e com outros grupos semelhantes, sem terem vínculo para com a sociedade civil (BRANDÃO, 2010, p. 347).

Para Niklas Luhmann (2006, p. 10 – 13) a referida aglomeração de indivíduo se comporta como sociedades autopoieticas, que mesmo quando se relacionam preservam sua autonomia, cada uma preservando seu acoplamento estrutural.

Não se pode escusar de observar, diante deste panorama, que em razão das restrições das relações entre os grupos sociais, estes acabam por desenvolver uma cultura particular, de acordo com a interação dos indivíduos que ali coabitam, conforme a seguinte assertiva:

Como ser-no-mundo, o ser humano só se realiza por meio do mundo, e ao se realizar humaniza o mundo. A atuação desse processo é o que chamamos cultura. Ele envolve tanto os meios para a ação humana, como também a finalidade e o sentido que tal ação imprime a esse processo. Nada disso acontece isoladamente, já que o ser humano se realiza sempre no interior de uma comunidade. (MIRANDA, 2001, p. 46)

Se faz oportuna a assertiva de Aristóteles (1997, p.13), que por meio de sua análise do ser humano diante da sociedade, conclui que “o homem é naturalmente um animal político”. Assim, pode-se compreender que o homem é por sua natureza social, um ser cultural, sendo que por cultura entende-se:

o conjunto de sentidos e significações, de valores e padrões, incorporados e subjacentes aos fenômenos perceptíveis da vida de um grupo social concreto, conjunto que consciente ou inconscientemente, é vivido e assumido pelo grupo como expressão própria de sua realidade humana e passa de geração em geração, conservado assim como foi recebido ou transformado efetiva ou pretensamente pelo próprio grupo. (AZEVEDO, 1986, p.336)

Outrossim, é possível concluir que em uma sociedade com um amplo perfil territorial é natural que se tenha a coexistência de diversos aglomerados de indivíduos originando sociedades autônomas dentro do próprio Estado-Nação.

Ocorre que, em razão do individualismo inerente à sociedade moderna e o medo gerado pelas instabilidades inerentes à vida contemporânea ocorre o desenvolvimento da ausência de empatia

dos indivíduos entre si e estigmatização daqueles identificados por “underclass”, sendo conceituados por Bauman (2009, p. 24 – 25) como: “Indivíduos que ficaram fora das classes, que não desempenham alguma das funções reconhecidas, aprovadas, úteis, ou melhor indispensáveis, e, geral realizadas pelos membros ‘normais’”

Nesta perspectiva, grupos sociais minoritários, que não participam diretamente da sociedade civil encontram-se estereotipadas pelo referido termo, “underclass”, uma vez que, relacionam-se estritamente com a natureza e outros grupos assemelhados (BRANDÃO, 2010, p. 347).

Destarte é possível identificar a sociedade contemporânea como sendo formada por uma ampla pluralidade cultural. Não obstante, em vista da segregação dos grupos minoritários, identifica-se não somente uma restrição dos direitos inerentes aos referidos grupos sociais, como também uma ofensa direta à cultura destes em face da exclusão social, uma vez que estão marginalizados e estigmatizados como aqueles que não produzem funções relevantes na sociedade civil.

Outrossim, cumpre ao direito e seus operadores uma análise acerca da conjuntura jurídica política contemporânea, para que seja possível a garantia de uma sociedade plural e democrática em todos seus aspectos.

O primeiro documento internacional a tratar de minorias sociais foi o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966. Da leitura desse tratado, encontramos nos artigos .1., 1.3 e 27 as seguintes prescrições¹²:

1.1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

1.3. Os Estados Partes do presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não-autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

¹² Texto do Decreto nº 592/92e do tratado internacional referido: end. elet. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm; acesso em 31/03/2017.

27. Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

No Brasil, referido tratado internacional passou a ter eficácia com o Decreto presidencial Nº 592, de 6 DE Julho de 1992, após aprovação pelo Congresso Nacional do texto do documento internacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991.

Signatário do Tratado Internacional, o Brasil deve, pois, proteger as minorias sociais, entre elas as comunidades tradicionais minoritárias, respeitadas as afinidades culturais com toda a América Latina, de forma a sempre preservar a identidade cultural desses grupos peculiares frente às maiorias sociais (ainda que essas apenas se revelem como maioria por deter a maior parte do poder político e do poder econômico, impondo, em consequência, sua cultura). Evidentemente a proteção desses direitos não se esgota em apenas fazê-lo na lei, mas também o de dar os necessários instrumentos para seu exercício.

No ponto, além de ser signatário do referido tratado internacional, há também na Constituição Federal toda uma gama de proteção dos direitos fundamentais das minorias sociais, trazendo regras expressas nesse sentido em vários artigos, como a seção que trata da cultura (artigos 215/216-A¹³), dos direitos indígenas¹⁴, do meio ambiente¹⁵, entre outros.

¹³ Especificamente quanto à preservação das culturas, usos e costumes dos vários grupos minoritários, dispõe a Constituição Federal de 1988, a obrigatoriedade do Estado brasileiro proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (artigo 215). A definição de que constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Ficaram tombados como patrimônio cultural nacional todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos (regras do artigo 216); e Cria, ainda, o Sistema Nacional de Cultura,

Alves (2008, pag. 24) aponta que

O grande desafio da teoria do direito ao tentar incorporar os temas relacionados com a diferença, e dentre eles, o direito das minorias, é que a idéia de diferença é inimiga do pensamento e do próprio direito, inimiga do pensamento como representação e do direito como mantenedor de relações de poder

Segundo Wolkmer (pag. 25/26)., a totalidade das estruturas de certa organização social sempre refletirá a globalidade de suas relações de forças, o grau de desenvolvimento de sua riqueza material e os interesses e necessidades humanas fundamentais. Não por outra razão que somente se pode ter uma visão mais ampla de determinada forma positivada de Direito (no caso, o Direito Estatal ocidental), se não se identificar a que tipo, a que espécie de relações estruturais de poder, de valores e de interesses que reproduz.

Assevera Wolkmer (pag. 46), que a suprema racionalização do poder soberano e a positividade formal do Direito resultam na doutrina do monismo jurídico. E não obstante a tudo isso, inclusive ao fato de reconhecer a hegemonia do projeto jurídico unitário, em particular do Direito Estatal, não deixa o autor de frisar a existência, concomitante por sinal, do pluralismo jurídico e de uma tradição mais antiga de formulações jurídicas comunitárias, ou seja, ainda que prevalente o monismo jurídico, o mesmo não consegue evitar a atuação e a permanência de ordenamentos jurídicos independentes da produção jurídica estatal (dos três poderes do Estado), tais como

organizado em regime de colaboração entre a sociedade e os entes da federação tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais, tendo como um de seus princípios a diversidade das expressões culturais (artigo 216-A).

¹⁴ Constituição Federal, 1988: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

¹⁵ Constituição Federal de 1988: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

o Direito Eclesiástico, o Direito Internacional, o Direito comunitário europeu, entre outros.

Nessa verve, propõe Wolkmer um novo pluralismo jurídico (designado de comunitário-participativo), por meio de um espaço público aberto e compartilhado democraticamente, com vistas a privilegiar a participação direta de agentes sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade, de maneira que o processo histórico daquela sociedade se encaminhe por vontade e sob o controle de bases comunitárias. Dessa maneira se está a se pretender a instituição de uma Sociedade como sendo uma estrutura descentralizada, pluralista e participativa (p. 78).

Não por outra razão que um dos significados para pluralismo encontrado em ABBAGANANO (2003, p. 765), venha a ser:

[...] o reconhecimento da possibilidade de soluções diferentes para um mesmo problema, ou de interpretações diferentes para uma mesma realidade ou conceito, ou de uma diversidade de fatores, situações ou evoluções no mesmo campo”.

É a possibilidade de apaziguamento, de acertamento de conflitos, por outros meios encontrados no próprio seio da sociedade, e que não sejam somente aqueles tidos pelo exercício da atividade Estatal, quer Legislativa, ou Judicial.

Nesse diapasão, a cultura jurídica brasileira, que denota uma nítida tradição monista de forte influência kelseniana e burguesa, vive uma profunda crise paradigmática, pois se vê diante de novos e contraditórios problemas, inclusive de conflitos coletivos específicos e próprios do final do século XX, que o seu centralismo jurídico estatal, próprio para administrar conflitos individuais e civis, torna-se incapaz de apreciar e resolver devidamente (WOLKMER, 2001, pag. 96/97).

Dai porque preleciona Wolkmer que a crise do Judiciário é, antes de mais nada, crise política dos canais de representação dos interesses coletivos presentes nas democracias burguesas representativas (p. 98).

Assim, para que possamos melhor entender a crise do Judiciário, não pensar de J. E. Faria e J. R. Lima Lopes, citados por Wolkmer é necessário se ter “a consciência de que a grande questão é aquilo que muitos parecem não ver: o estar formado numa cultura

jurídica incapaz de entender a sociedade e seus conflitos e a má vontade em discutir a democratização efetiva deste ramo do Estado” (p. 100).

Vê-se, portanto, que o cerne problemático do Judiciário não é, necessária e exclusivamente, a falta de verbas e o seu desaparelhamento, pois essa situação se constituiria em mera disfunção dentro de uma escala maior de problemas institucionais e estruturais (p. 100).

O reconhecer de novas exigências, o resolver de novas necessidades e conflitos em espaços sociais e políticos fragmentados, tensos e desiguais, importam na utilização de novos procedimentos de legitimação e eficácia social. Entre eles aquele já adotados pelas

Vê-se, por conseguinte, que a intenção do pluralismo jurídico não está em negar ou minimizar o Direito Estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade (p. 222).

As políticas públicas voltadas para os Povos e Comunidades Tradicionais são recentes no âmbito do Estado brasileiro e tiveram como marco a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que foi ratificada em 1989 e trata dos direitos dos povos indígenas e tribais no mundo.

No Brasil, esse público passou a integrar a agenda do governo federal em 2007, por meio do Decreto 6040, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), sob a coordenação da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) da Presidência da República.

De acordo com o Decreto 6040, os povos e comunidades tradicionais são definidos como "grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos por tradição".

Entre os povos e comunidades tradicionais do Brasil estão quilombolas, ciganos, matriz africana, seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco-de-babaçu, comunidades de fundo de pasto,

faxinalenses, pescadores artesanais, marisqueiras, ribeirinhos, varjeiros, caiçaras, praieiros, sertanejos, jangadeiros, ciganos, açorianos, campeiros, varzanteiros, pantaneiros, caatingueiros, entre outros.

Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), as Comunidades Tradicionais constituem aproximadamente 5 milhões de brasileiros e ocupam $\frac{1}{4}$ do território nacional. Por seus processos históricos e condições específicas de pobreza e desigualdade, acabaram vivendo em isolamento geográfico e/ou cultural, tendo pouco acesso às políticas públicas de cunho universal, o que lhes colocou em situação de maior vulnerabilidade socioeconômica, além de serem alvos de discriminação racial, étnica e religiosa.

Nesse contexto, a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT) tem por objetivo reconhecer formalmente a existência e as especificidades desses segmentos populacionais, garantindo os seus direitos territoriais, socioeconômicos, ambientais e culturais, sempre respeitando e valorizando suas identidades e instituições. Entretanto, não avança ao ponto de reconhecer que tais grupos socialmente organizados tenham o poder de desfrutar do reconhecimento de sua autonomia, como se deu com vários ordenamentos constitucionais de países vizinhos da América Latina.

4 NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E PROTEÇÃO DAS COMUNIDADES TRADICIONAIS

Alguns estudiosos, como José Luiz Quadros Magalhães (2011, p. 11) entendem a origem do constitucionalismo, ao menos de forma rudimentar, já na Carta Magna de 1215, já que esta trazia certa limitação do poder estatal e garantia certos direitos.

Por sua vez, Canotilho (2009, p. 11) desenvolve um pensamento no qual compreende que o constitucionalismo moderno simplesmente se opõe a ideia de um constitucionalismo antigo, este sendo encarado como um sistema de organização política e jurídica que o antecedeu.

Importante notar que o constitucionalismo não surgiu democrático, tendo tão somente características liberais com o objetivo de limitar o poder do Estado e trazer garantias burguesas

(MAGALHÃES, 2010, p. 96). Outrossim, de base liberal, os princípios basilares da Lei Maior eram a liberdade individual, a propriedade privada e a previsão da separação de poderes.

Diante desta perspectiva, Magalhães (2010, p. 97-98) explica que o constitucionalismo liberal se mostra inconciliável, ao menos em um primeiro momento, com a democracia, haja visto que a legislação advinda das reivindicações burguesas garantia tão somente direitos individuais da elite. Assim, não ocorreu a consagração de direitos universais a toda a população e às minorias.

No século XIX iniciam-se reivindicações sociais por meio de sindicatos e partidos políticos, que por meio da conjuntura política, de crise da sociedade liberal e pós 1ª Guerra Mundial se fez possível um início ao constitucionalismo social (OLIVEIRA, 2002, p. 58).

A partir deste momento histórico o direito passa a ser encarado como um sistema normativo e principiológico otimizável, determinando objetivos a serem realizados (OLIVEIRA, 2002, p. 59)

Não obstante, mesmo diante das previsões legais dos direitos, ainda não havia uma efetivação fática. Somente após a segunda grande guerra, como uma resposta às atitudes praticadas neste período, as constituições passaram a introduzir valores e princípios que visassem proteger a pluralidade nacional, conforme aduz Barcellos (2007, p. 4):

As Constituições contemporâneas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, introduziram de forma explícita em seus textos elementos normativos diretamente vinculados a valores – associados em particular, à dignidade humana e aos direitos fundamentais – ou as opções políticas, gerais (como a redução das desigualdades sociais) e específicas (como a prestação, pelo Estado de serviços de educação). A introdução desses elementos pode ser compreendida no contexto de uma reação mais ampla a regimes políticos que, ao longo do Século XX, substituíram os ideais iluministas de liberdade e igualdade pela barbárie pura e simples, como ocorreu com o nazismo e fascismo. Mesmo onde não se chegou tão longe, regimes autoritários, opressão política e violação reiterada dos direitos fundamentais foram as marcas de muitos regimes políticos ao longo do século passado.

Importante notar que as violações humanitárias praticadas durante a Segunda Guerra Mundial foram desempenhadas dentre de comunidades existentes no próprio Estado, como por exemplo a

perseguição dos judeus na Alemanha Nazista. Assim, após este período inicia-se um novo constitucionalismo, o qual se baseia em um ideal democrático e pluralista, fazendo surgir “o Estado Democrático de Direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático” (BARROSO, 2007, p.3)

Esta inovação concepcional é chamada por muitos de neoconstitucionalismo, que é usada por Suzanna Pozzolo (2010, p. 77) para “denominar um certo modo antijuspositivista de se aproximar o direito”.

O Ministro Luís Roberto Barroso (2007, p. 5) identifica três características marcantes no neoconstitucionalismo que o fundamenta e lhe serve de alicerce “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional”.

Por sua vez, ao que tange aos países da América Latina, é possível identificar uma evolução particular do constitucionalismo, atendendo as particularidades da região:

La evolución constitucional responde al problema de la necesidad. Los grandes cambios constitucionales se relacionan directamente con las necesidades de la sociedad, con sus circunstancias culturales, y con el grado de percepción que estas sociedades posean sobre las posibilidades del cambio de sus condiciones de vida que, em geral, em América Latina no cumplen con las expectativas esperadas em los tempos que transcurren. Algunas sociedades latino-americanas, al calor de procesos sociales de reivindicación y protesta que han tenido lugar em tempos recientes, han sentido con fuerza esa necesidad que se há traducido em lo que podría conocerse como una nueva independencia, doscientos años después de la política. Independencia que esta vez no alcanza sólo a las elites de cada país, sino que sus sujetos son, principalmente, los pueblos (DALMAU, 2008. p. 23)

Para Cesar Augusto Baldi (2011, p. 10), as principais características do neoconstitucionalismo latino-americano podem ser enunciadas como:

a) substituição da continuidade constitucional pela ruptura com o sistema anterior, com fortalecimento, no âmbito simbólico, da dimensão política da Constituição;

- b) capacidade inovadora dos textos, buscando a integração nacional e uma nova institucionalidade;
- c) fundamentação baseada em princípios, em detrimento de regras;
- d) extensão do próprio texto constitucional, em decorrência tanto do passado constitucional, quanto da complexidade dos temas, mas veiculada em linguagem acessível;
- e) proibição de que os poderes constituídos disponham da capacidade de reforma constitucional por si mesmos e, pois, um maior grau de rigidez, dependente de novo processo constituinte;
- f) busca de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo, com a democracia participativa como complemento do sistema representativo;
- g) uma extensiva carta de direitos, com incorporação de tratados internacionais e integração de setores marginalizados;
- h) a passagem de um predomínio do controle difuso de constitucionalismo pelo controle concentrado, incluindo-se fórmulas mistas;
- i) um novo modelo de “constituições econômicas”, simultâneo a um forte compromisso de integração latino-americana de cunho não meramente econômico.

Outrossim, é possível compreender que o constitucionalismo latino-americano promove a ressignificação de diversos conceitos, como a legitimidade e participação popular, de modo a abranger parcelas da sociedade historicamente excluídas.

Nesta perspectiva, tem-se a consagração de uma sociedade democrática quando há:

[...] um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos do governo, pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2011, p. 119-120)

Neste toar, Boaventura de Sousa Santos (2007, p.17 – 18) explica que a plurinacionalidade é um fator derivado da

interculturalidade e da pós-colonialidade, sendo que este fenômeno obriga a reestruturação do Estado moderno, uma vez que este deve abrigar diferentes conceitos de nação dentro de um mesmo Estado.

Assim, de acordo com Magalhães (2008, p. 208):

A grande revolução do Estado Plurinacional é o fato que este Estado constitucional, democrático participativo e dialógico pode finalmente romper com as bases teóricas e sociais do Estado nacional constitucional e democrático representativo (pouco democrático e nada representativo dos grupos não uniformizados), uniformizador de valores e logo radicalmente excludente.

O Estado plurinacional reconhece a democracia participativa como base da democracia representativa e garante a existência de formas de constituição da família e da economia segundo os valores tradicionais dos diversos grupos sociais (étnicos e culturais) existentes.

Assim sendo, o Estado Plurinacional se mostra como um resultado do constitucionalismo latino-americano, que agora passa a abranger parte da população excluída em razão do colonialismo que dominou o continente por séculos.. Dessa forma, o referido novo constitucionalismo se mostra como uma resposta pluralista visando a garantia dos direitos das minorias sociais e efetivando assim uma democracia participativa e os direitos individuais.

CONCLUSÃO

O direito positivo, do qual decorre o monismo jurídico de sua aplicação, considera que somente é direito a norma escrita e de aplicação geral, formal e materialmente produzida pelo Estado, de acordo com as espécies normativas previstas na Constituição Federal. Em consequência, qualquer outra norma ou sistema normativo não produzido pelo Estado é vista apenas como “uso e costume”, como prática isolada (que muitas vezes apenas é usado como regra de interpretação ou como fonte de direito).

O sistema de divisão de poderes brasileiro consagra o sistema monista, ao definir expressamente que ao legislativo é outorgada a competência constitucional exclusiva de produzir normas gerais que irão reger a vida dos cidadãos; que cabe ao Poder Judiciário administrar a justiça de modo exclusivo (que em tese produz normas de caráter concreto após sua interpretação e

aplicação) e ao Executivo a exclusividade de governar a nação dentro do império da lei formal e materialmente produzida. A parte desses poderes, nada nem ninguém tem a faculdade de produzir normas que regulem a vida social, a administração da Justiça ou de organização da ordem pública, motivo pelo qual não são reconhecidos os sistemas jurídicos plurais das comunidades tradicionais minoritárias.

Os sistemas normativos não estatais, produzidos por comunidades tradicionais minoritárias, normalmente são vistos de forma discriminada, por se tratar de regramento atrasado, ultrapassado, arcaico, e que por isso devem ser substituídos pelas normas positivadas, modernas e atuais, inclusive como forma de possibilitar que as populações dessas comunidades - igualmente consideradas atrasadas, ultrapassadas e arcaicas – venham a ser “integradas” à nação, sendo que este processo todo leva à perda da identidade cultural.

A prevalência da organização estatal e do direito positivado estatal gera o monismo jurídico, cujo exercício da autoridade é dada ao poder Judiciário, constituído na forma da CF/88. Entretanto, este monismo jurídico gera problemas teóricos, valorativos e políticos. Isso porque a ideia de que somente é considerado direito aquele produzido pelo Estado, limita qualquer estudo sobre a existência de sistemas normativos não estatais, descumprindo assim a previsão constitucional de proteção ao pluralismo jurídico.

Como se vê na doutrina e jurisprudências pátrias, os “usos e costumes” são admitidos como fonte do direito ou regra de interpretação. Porém, assim serão aceitos desde que não haja norma que regule a matéria, não sendo aceita se a regra decorrente dos usos e costumes for contrária à norma positivada. Assim, se um uso ou costume se opõe ou se coloca em contradição com o que prescreve uma norma estatal, aquela será afastada, o que faz com que um sistema baseado no direito consuetudinário somente seja admitido de modo limitado, pois deverá, sempre, se submeter à norma estatal e se manter politicamente subordinado a essa última.

Nos países que contam com comunidades tradicionais minoritárias, com identidade própria (étnica, religiosa, econômica, territorial), e com sistema de autoridades e procedimentos, e que tenham norma constitucional prevendo a proteção do pluralismo jurídico e que sejam signatários da Convenção nº 169/OIT, devem estabelecer um necessário estudo de como tratá-las juridicamente, posto que elas regulam a vida social dentro de sua base e devem, por

isso, ter o direito de resolver seus próprios conflitos, baseando-se em suas normas consuetudinário, ao largo do sistema jurisdicional monista estatal.

O neoconstitucionalismo trouxe a necessidade de rever o conceito de Estado-nação, visto como um espaço territorial onde há apenas um povo, uma cultura, um idioma, uma religião, um só sistema normativo, levando-se a supor que representa um conjunto social homogêneo. E esta interpretação conduz a um Estado “excludente”, posto que aquela comunidade que se encontra fora deste grupo passa a viver à margem da sociedade e tem reprimidas as suas expressões de diversidade cultural, linguística, religiosa e normativa, perdendo assim a possibilidade de se tornar também sujeito de direitos. Neste modelo, o Estado-nação não representa e nem expressa a realidade plural da sociedade como um todo.

Impera a necessidade de se analisar a questão do pluralismo cultural e político que existe em nosso país, de forma a que se encontre, também, o caminho do pluralismo jurídico, levando o Estado “excludente” a evoluir para um Estado “inclusivo”, evitando, assim, que essas comunidades, para manter vivas suas tradições e costumes, sobrevivam em condições clandestinas e ilegais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003

ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos de minorias em tempos de transição paradigmática**. Dissertação. Jacarezinho, UENP, 2008. endereço

eletrônico: www.dominiopublico.gov.br/mwg/internal/de5fs23hu73ds/progress?id=E k9ZKfK61878HIUSEc6zw-MHX7an6RL0CzOZLXS33JI; acesso em 23/03/2018.

ARAÚJO, S.M.; BRIDI, Maria Aparecida; MOTIM, Benilde Lenzi. **Sociologia: um olhar crítico**. São Paulo: Contexto, 2013.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. de Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997;

AZEVEDO, M. **Comunidades Eclesiais de Base e inculturação da fé**. São Paulo: Loyola, 1986.

BALDI, César Augusto. **Novo Constitucionalismo latino-americano**. In: Estado de Direito, n. 32, Porto Alegre, nov. 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n. 15, jan-mar. 2007

BÁRCENAS, Francisco López. **Autonomía Y Derechos Indígenas em México**. México: CEIICH/UNAM, Ediciones Coyaocán; 2005.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar-maio, 2007. Disponível em: < <http://www.direito-doestado.com.br/redae.asp>> Acesso em: 28 de julho de 2018

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Trad. DENTZIEN, Plínio. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt.. **Confiança e medo na Cidade**. Trad. AGUIAR, Eliana. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECK, Ulrich. **La democracia y sus enemigos: textos escogidos**. Barcelona, Paidós, 2006

BITTAR, Eduardo C. B.. **O direito na pós-modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **A comunidade tradicional**. In: COSTA, João Batista Almeida. LUZ, Cláudia (Orgs.). Cerrado, Gerais, Sertão: comunidades tradicionais dos sertões roseanos. Montes Claros: 2010

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: www.planalto.org.br; acesso em 17/7/2017

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. **Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 14 set. 2017.

Canotilho, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003

CNJ. **Justiça em Números 2017**. Brasília, 2017, acesso pelo endereço <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em 29/06/2017

DALMAU, Rúbem Martínez. **El nuevo constitucionalismo latino-americano y el proyecto de Constitución del Ecuador**. Alter Juticia, n. 1. Guayaquil, oct. 2008, p. 17-27

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010

IANNI, O. **Sociologia da sociologia**. São Paulo: Ática, 1989.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociedade del Risco. México**: Universidad Iberoamericana, 2006

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O Estado plurinacional**. 2011. Disponível em <<http://joseluzquadrosdemagalhaes.blogs-pot.com.br/2011/04/302-artigos-o-estado-plurinacional-na.html>> Acesso em: 10 de julho de 2018

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O novo Constitucionalismo indo-afro-latino-americano**. Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 13, b. 26. Belo Horizonte, jul-dez. 2010, p. 83-98

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Plurinacionalidade e cosmopolitismo: A diversidade cultural das cidades e diversidade comportamental nas metrópoles**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, n. 53. Belo Horizonte: jul-dez. 2008. P. 201-216

MIRANDA, M.F. **Inculturação da fé: uma abordagem teológica**. São Paulo: Loyola, 2001

MORAES, N. R. **O desafio do desenvolvimento nas comunidades tradicionais brasileiras: análise da delimitação conceitual**. In: Anais do Congresso Nacional de Pesquisadores em Economia Solidária–CONPES. São Carlos/SP: UFSCar. 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos 2002

SANTOS, Boaventura de Sousa. **La reivenciión del Estado y el Estado plurinacional**. Santa Cruz de la Sierra: Alianza Interstitucional, 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Alfa Omega. 2001.

FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DOS POVOS TRADICIONAIS EM SUA RELAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E OS HORIZONTES DO “BUEN VIVIR”

Mayara Pellenz¹

Camilla Capucio²

INTRODUÇÃO

Os fenômenos da globalização e da transnacionalidade têm impactado profundamente a vida humana e conseqüentemente a regulamentação das relações sociais, em especial nas últimas décadas. No âmbito da exploração sobre o meio ambiente, e conseqüentemente na seara do Direito Ambiental, os efeitos destas transformações podem ser sintetizados da seguinte forma: os benefícios são para poucos e os prejuízos, em termos mais amplos,

¹ Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pelo Programa de Pós Graduação da Faculdade Meridional (2015). Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal (2012) e em Psicologia Jurídica na Faculdade Meridional (2018). Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo - RS (2010). Associada ao Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito. Docente Titular do Curso de Direito da UNISOCIESC de Blumenau - SC. Docente do Curso de Pós Graduação em Direito da Faculdade AVANTIS de Balneário Camboriú - SC. Docente do Curso de Pós Graduação em Psicologia Jurídica da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe de Caçador - SC. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa: Ética, Cidadania e Sustentabilidade e; Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico, desenvolvidos na Faculdade Meridional de Passo Fundo (RS) e do Grupo de Pesquisa Direito Empresarial e Sustentabilidade da UNISOCIESC de Blumenau - SC. Advogada.

² Doutora em Direito Internacional (Faculdade de Direito da USP), Mestre e Graduada em Direito (Faculdade de Direito da UFMG). Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais (NETI-USP). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Empresa, Mercado e Desenvolvimento Social (UNA). Professora (Centro Universitário UNA). Advogada.

permanecem para todos. Se por um lado referidos fenômenos têm levado a uma maior integração comercial e econômica entre diversos países, predominantemente se beneficiaram desta integração as grandes corporações. O capitalismo, após o fim da guerra fria alçado à visão econômica hegemônica no globo, trouxe uma ideia “equivocada” de desenvolvimento, levando ao consumismo excessivo e gerando uma grande procura pelos recursos naturais.

Com a globalização, ampliou-se o consumo e a pressão sobre os recursos naturais renováveis e não renováveis, como o solo, as florestas, os minérios e os recursos hídricos. Nesse cenário, para BOFF (1993, p. 7), o modelo de crescimento ilimitado conduz a um desenvolvimento econômico, que não produz o devido desenvolvimento social. Na situação atual, os detentores de poder conduzem a política no sentido de garantir seus interesses e a seus desejos e, o Estado, por sua vez, dirige sua política de desenvolvimento industrial, dentro dos mesmos critérios do sistema global.

Assim, a sociedade capitalista passa a tornar mais complexas as relações entre o ser humano e o mundo natural, diante da devastação ocorrida à níveis mundiais. O resultado deste panorama é a luta por justiça socioambiental, ensejadora de inúmeros movimentos frente ao mundo globalizado.

Muitos povos, a exemplo dos povos indígenas, organizam-se no sentido de proteção dos seus direitos originários, pois defendem que estes não podem ser sacrificados em nome do progresso econômico. Nesse sentido, o questionamento sobre a efetividade das normas de proteção aos povos tradicionais persiste, na medida em que estes povos ainda sofrem com o desrespeito a seus direitos. Na busca por respostas, é preciso lançar os olhos sobre novos paradigmas de proteção desses direitos.

Neste contexto, o novo constitucionalismo Latino Americano materializa realidades plurais ao admitir, por exemplo, direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do *buen vivir*, como condição fundamental para concretizar a dignidade da pessoa humana. Esse fenômeno surge da necessidade de o estado democrático de direito estar em permanente construção, adequando-se ao momento histórico vivido e legitimando demandas a respeito das conquistas e da concretização dos direitos humanos fundamentais. Supera-se, em definitivo, a ideia de que sociedade deve estar à margem do processo constitucional: os contornos e

limites na constituição passam a, de forma democrática, consolidar-se em novos espaços de compreensão que incluam novos sujeitos de direitos, como a *Pachamama*³.

A partir deste cenário, o estudo proposto tem como objetivo explorar as possibilidades de um novo paradigma de proteção jurídica rumo à construção de uma justiça sócio-ambiental. Dessa forma, vislumbra-se uma contribuição ao aprimoramento das bases de proteção já existentes no ordenamento jurídico pátrio, em concretização dos valores entrelaçados ao *buen vivir*, como alternativa de resgate do verdadeiro sentido da justiça. A pesquisa é de ordem qualitativa e o desenvolvimento dar-se-á por meio de investigação de referencial bibliográfico e documental sobre a temática, em uma perspectiva interdisciplinar.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 FUNDAMENTOS DA PROTEÇÃO DOS POVOS TRADICIONAIS E DO MEIO AMBIENTE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A década de 1980 representa um importante marco histórico e simbólico para as lutas ambientais. Com o advento da Constituição Federal brasileira, indígenas, ribeirinhos, seringueiros e demais grupos tradicionais se tornaram protagonistas do chamado “desenvolvimento sustentável”, expressão consolidada com o advento II Cúpula da Terra, realizada no Rio de Janeiro, no ano de 1992.

Entretanto, o desenvolvimento deslocou-se daquele sentido pretendido pela luta dos “povos da floresta” e dos ambientalistas. A maioria dos esforços têm se concentrado em ações para uma espécie de “pedagogia” do capitalismo, ou seja, “ações voltadas para o esverdeamento do empresariado, no sentido do seu convencimento

³ Importante saber que, na confluência do dilema entre os direitos de Pachamama (da Natureza) e os Direitos Humanos, e, perante este grande desafio dos tempos atuais, de articular e compatibilizar as macro políticas ambientais, exigências do mandato ecológico, introduzindo na constituição equatoriana, de maior preservação dos ecossistemas, com as macro políticas sociais minimizadoras das desigualdades sociais e regionais, sobretudo nos países menos desenvolvidos do Hemisfério Sul, o modelo do Bem Viver, ora em constante reconstrução, parte da crença de que não seja possível equacionar essas questões sem quem que se reveja a relação do ser humano com as forças cósmicas e telúricas, simbolizadas, respectivamente, pelo Pai Sol e pela Mãe Terra (Pachamama) (MORAES, 2012, p. 9-31).

para adoção de planos de gestão ou de manejo ambiental, além de políticas sociais” (ZHOURI; LASCHEFSKI, 2014). O Estado, muitas vezes “[...] se alia aos segmentos do capital contra as territorialidades dos outros grupos existentes no interior da nação, tais como os povos indígenas, os quilombolas e outros povos tradicionais” (ZHOURI; LASCHEFSKI, 2014).

Já no período Colonial foi instituída uma gama de decretos, leis e cartas régias que caracterizaram a “política indigenista” no Brasil, sem qualquer participação destes nas decisões. No XVI evidenciam-se processos de aldeamento indígena, isto é, determinados territórios fixos. Neste contexto, o vocábulo território pode dizer respeito a um espaço geográfico, mas pode, ainda, ser usado “com descuido” de forma genérica em alguns textos e até mesmo, pode ser visto como um espaço político. Uma forma específica de ocupação espacial pode ser identificada pelas práticas sociais que regulam o uso do espaço. O espaço, por sua vez, pode ser o ponto de partida para pensar o território (GALLOIS, 2004).

Nesse viés, a aldeia assume diversas funções contraditórias no período Colonial. Apesar dos prejuízos incalculáveis, a política de aldeamento colocava os índios numa condição jurídica específica, atribuindo-lhes, além das obrigações, alguns direitos que eles lutaram para garantir até o século XIX, agindo conforme os códigos do mundo colonial. A essa condição também eram atribuídas identificações impostas pelos colonizadores na formação das aldeias coloniais, como: índios aldeados, súditos cristãos de Sua Majestade.

A aldeia cumpria a função de sobrevivência diante das inúmeras ameaças que passaram a fazer parte do “novo” território. As aldeias cumpriam também a função de assegurar aos colonos, aos missionários, às autoridades a mão de obra necessária às mais diversas atividades e os índios aldeados eram submetidos ao trabalho compulsório. A escravidão indígena se manteve durante todo o período colônia. A primeira proibição dessa escravidão se deu em 1755, quando foi aprovada por dentro das Reformas Pombalinas, a proibição definitiva da escravização indígena (Lei da Libertação dos índios). É claro que essas reformas visavam fortalecer o reino português através do controle rigoroso da colônia (ALMEIDA, 2010, p. 73-76).

Contudo, pode-se afirmar que os direitos atribuídos aos indígenas no Brasil revelavam a afirmação de sua inferioridade perante o restante da sociedade. Na Constituição de 1824 não havia

nenhuma menção aos índios; a sociedade e a ideologia dominante lhes relegaram à civilização ou ao extermínio. Os índios eram “tratados na condição de tutelados por serem considerados incapazes de administrar seus próprios bens” (ALMEIDA, 2010, p. 146-147).

É apenas no século XX que as concepções legais sobre as “terras indígenas”, sobre as formas e tempo de “ocupação” passam a ganhar espaço no Brasil, definindo as ações do Estado brasileiro voltadas ao reconhecimento e à demarcação das terras indígenas. A territorialidade exercida pela ocupação tradicional de povos indígenas é definida por LITTLE (2002, p. 3-4) como “[...]o esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-se assim em seu território”.

De acordo com o autor (LITTLE, 2002, p. 3-4), a

territorialidade é uma força latente em qualquer grupo, cuja manifestação explícita depende de contingências históricas”. O estudioso sustenta também que “o fato de que um território surge diretamente das condutas de territorialidade de um grupo social implica que qualquer território é um produto histórico de processos sociais e políticos (LITTLE, 2002, p. 3-4).

Ocorre que a territorialização proposta pelos procedimentos legais brasileiros se distancia do modo como as sociedades indígenas projetam sua relação com o meio em que vivem. As políticas nacionais relacionadas aos indígenas, moldam um conceito de território de acordo com pressupostos do Estado. A territorialização mostra-se como consequência da ação colonialista que historicamente vitimou indígenas e tantas outras populações no Brasil.

Perante a lei, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas compõem o patrimônio da União. Centenas de grupos, quando foram expulsos dos locais que ocupavam, não possuíam nenhum documento de registro da propriedade de suas terras.

A concepção da territorialidade indígena e dos povos tradicionais se pauta por princípios diferentes daqueles que regem o direito da propriedade privada. Segundo LITTLE (2002, p. 11), a expressão dessa territorialidade

[...] não reside na figura das leis ou títulos, mas se mantém viva nos bastidores da memória coletiva que incorpora dimensões simbólicas e indenitárias na relação do grupo com sua área, o que dá profundidade e consistência temporal ao território.

Conforme denuncia DIEGUES (2000, p. 17):

O estabelecimento de áreas protegidas (unidades de conservação de preservação integral) se transformou, também numa importante arma política para as elites dominantes de muitos países do Terceiro Mundo, como forma de obtenção de ajuda financeira externa, a exemplo do *debt swap for nature* (conversão de dívida externa por conservação), por meio do qual, parcelas da dívida externa de países do terceiro Mundo são adquiridas (a taxas reduzidas) por entidades ambientalistas internacionais ou agências bilaterais, em troca da implantação de projetos conservacionistas (pagos em moeda nacional pelo Governo), em geral, geridos e administrados por organizações não-governamentais. Os resultados desse mecanismo não foram tão positivos como os esperados, uma vez que beneficiaram principalmente os bancos internacionais.

Os governos raramente avaliam os impactos da criação de parques sobre o modo de vida dos moradores locais que, muitas vezes, tinham sido responsáveis pela preservação das áreas naturais. De acordo com DIEGUES (2000, p. 20):

No entanto, um dos problemas é que as autoridades responsáveis pelas unidades de conservação percebem as populações tradicionais como destruidoras da vida selvagem, desprezando oportunidades reais de incorporá-las no projeto de conservação. A chamada "participação" das populações tradicionais no estabelecimento dos parques e reservas, muitas vezes, não passa de cortina de fumaça para responder a certas demandas internacionais que consideram o envolvimento dessas populações fator positivo para o êxito do empreendimento. Na realidade, geralmente, as autoridades governamentais nem sempre vêem com bons olhos a organização das populações que ainda se encontram em áreas de parques ou que foram reassentadas nos arredores.

Atualmente, o Poder Judiciário aprecia ações que visam a suspensão do processo de licenciamento ambiental, concedido sem

qualquer respeito ao meio ambiente ou ainda, aos seres humanos que habitam o local afetado.

A legislação brasileira relativa a compensação ambiental carece de normas que garantam uma efetiva proteção ao meio ambiente e aos povos tradicionais que nele habitam, frente ao domínio dos grandes empreendimentos que compõem o mundo capitalista e globalizado. Conforme FLORIT e GRAVA (2016, p. 27)

[...] a interface entre a Ética Ambiental e a reflexão sobre o desenvolvimento é complexa, não apenas pelas diferentes linhas de argumentação, mas também pelos diferentes sujeitos que recorrem a elas, tanto no campo acadêmico quanto fora dele.

Como caso exemplificativo nesta pesquisa, refere-se a usina hidrelétrica de Belo Monte (UHBM). A Licença de Operação (LO), foi expedida em 2015, pelo Instituto Brasileiro de Meio Ambiente, para que fossem iniciadas as atividades da UHBM, construída no Rio Xingu, no estado do Pará. Ocorre que, ao conceder a Licença de Operação, o Ibama ignorou os pareceres técnicos dos membros de sua instituição e da Fundação Nacional do Índio, que entenderam que não havia condição de emitir a licença de operação em razão das afetações aos povos indígenas e ao meio ambiente.

O Ministério Público Federal atua na proteção das comunidades afetadas por Belo Monte, sendo que já propôs mais de 20 (vinte) Ações Cíveis Públicas, entre elas uma que alega ter ocorrido etnocídio dos povos indígenas da Volta Grande do Rio Xingu. Como fruto de agravo regimental, o MPF logrou que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região suspendeu a licença de operação da Usina, em razão do descumprimento da condicionante relacionada com o saneamento básico de Altamira, cidade mais impactada pela construção de Belo Monte (SALES, 2017).

Apesar de haver sido intimada da decisão que suspende a operação da Usina, *“o empreendimento segue em operação por força de outra decisão judicial”*, proferida pelo presidente do TRF-1. O caso de Belo Monte constitui-se de uma petição, na qual a Comissão Internacional dos Direitos Humanos analisará a responsabilidade do Estado brasileiro frente às violações de direitos humanos aos povos indígenas, ribeirinhos e população urbana devido à construção de Belo Monte; assim como analisará uma medida cautelar, na qual se

ordena que o Brasil adote medidas para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da bacia do Xingu (SALES, 2017). A população do Xingu e de Altamira sofre na luta incessante pelos direitos humanos e ambientais, ante ao descaso com as mais de 30.000 pessoas atingidas pela Usina Hidroelétrica de Belo Monte (UHBM).

O Estado brasileiro assumiu um compromisso, inclusive, na esfera internacional, quando ratificou a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio do Decreto nº 5.051 de 2004. Comprometeu-se a respeitar os direitos dos povos indígenas e tribais e, em particular, realizar a consulta em caso de decisões administrativas e legislativas que pudessem afetar esses povos, no sentido de alcançar um acordo ou consentimento dos povos afetados (art. 6, Convenção nº 169 OIT). E mais: a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região já esclareceu que a oitiva prevista pela Constituição Federal brasileira deve acontecer antes de que seja decidida a execução de um projeto em área ocupada por indígenas (BRASIL, TRF, 2006).

Insta reconhecer, contudo, que o desrespeito às normas protetivas dos direitos humanos nesta seara é constante, o que reforça a necessidade de esforços em sua defesa. A noção de justiça ambiental é vista como um direito ao meio ambiente seguro, sadio e produtivo para todos, onde o meio ambiente é considerado em sua totalidade, incluindo suas dimensões ecológicas, físicas, sociais, políticas, estéticas e econômicas (ACSELRAD; MELLO, 2009, p. 129-130). Trata-se de um mecanismo social constante visando o combate a desigualdade social.

A possibilidade de narrar situações conflitivas em relação ao uso do território traz para o debate ambientalista a razão culturalista, ou seja,

[...] a possibilidade de afirmação de modos e meios de vida contra hegemônicos, em que o ambiente não é apenas um recurso material, possuindo outras dimensões, abrindo um leque de possibilidades quanto à construção do futuro” (GONÇALVES PEREIRA, 2016).

O Estado brasileiro criou regras para gerir o território reconhecendo direitos de grupos étnicos e a necessidade de

manutenção de seus costumes e modos de vida (BRASIL, CRFB, 1988, Art. 231). Por outro lado, as políticas públicas voltadas à proteção ambiental abordam questões que acabam confrontando-se com tais direitos.

Essas populações tradicionais, muitas vezes, habitam o interior das unidades de conservação e estão sujeitos às normas preservacionistas, a exemplo da Lei do SNUC.⁴ Não é raro, a existência de conflitos envolvendo estas questões. Vale citar, que a questão da cidadania étnica fora tratada legalmente, por meio do Decreto nº 6.040 de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais.

Nesse cenário, outro desafio é a criação de Unidades de Conservação de Proteção Integral. Não há como negar que essas áreas são indispensáveis para proteger e preservar o meio ambiente, garantindo a sustentabilidade nacional e global tanto para as presentes, quanto para as futuras gerações. Todavia, o Estado acaba se sobrepondo a direitos de seres humanos, que passam a ter seus modos tradicionais de vida ameaçados, como é o caso dos indígenas, que desde sempre, ocuparam e preservaram a natureza.

Consoante a Declaração de Princípios da rede WWF, a maior parte das áreas significativas de alto valor natural remanescentes no planeta é habitada por povos indígenas, o que comprova a eficácia dos sistemas indígenas de manejo de recursos. Ainda dispõe que “[...] os povos indígenas, bem como suas instituições representativas e organizações conservacionistas, devem ser aliados naturais na luta pela conservação de um mundo e de sociedades humanas saudáveis” (WWF, 2008, p. 1). A criação de unidades de conservação superpostas a áreas indígenas mostra a necessidade de o Estado brasileiro ter uma nova visão deste contexto. Além dos povos indígenas, as florestas tropicais brasileiras abrigam comunidades humanas de grande diversidade sociocultural, conhecimento admirável dos processos naturais e que estabelecem relações com o mundo natural de forma totalmente “desconhecida” pela maioria de os detentores do poder.

⁴ A Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União. Brasília**, DF, 19 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.html>. Acesso em: 07 out. 2017.

A solução encontrada pela Lei do SNUC “[...] não atendeu às expectativas dos que entendiam ser necessário corrigir as imperfeições existentes até então no processo de criação de diversas Unidades de Conservação” cujas quais originam-se de “situações conflituosas decorrentes da superposição entre Unidades de Conservação e terras tradicionalmente ocupadas por índios, seringueiros, ribeirinhos, caiçaras, quilombolas e tantos mais. LEITÃO (2004, p. 19), explica que:

[...] seria viável compatibilizar UCs com os espaços de preservação dos recursos ambientais em TIs, bastando que se adaptassem as figuras jurídicas das UCs existentes à nova realidade, que implicaria respeitar o direito dos índios decidirem sobre o uso dos recursos existentes no seu território, limitado tão somente pelas exceções previstas no próprio texto constitucional e pela legislação infra-constitucional de proteção ao meio ambiente. A compatibilização se faria incidir na parcela do território indígena destinada à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios, na forma da definição expressa no dispositivo acima mencionado. Essa idéia veio a ser materializada em proposta elaborada pelo Instituto Socioambiental (ISA) de criação de uma UC denominada Reserva Indígena de Recursos Naturais (RIRN), que, no entanto, não obteve o consenso necessário à sua aprovação no âmbito do SNUC.

O Brasil abriga várias áreas com sobreposições entre terras indígenas e unidades de conservação, o que faz resultar em conflitos que decorrem de seu exercício. Tal fato, não deveria servir como justificativa à “paralisa da administração pública”, o que prejudica tanto a proteção dos direitos indígenas quanto a do meio ambiente. A falta de solução para esses casos,

[...] não pode, por exemplo, funcionar como inibidora das providências de demarcação e do exercício dos atos de proteção das Terras Indígenas da parte do Estado [...], mas a verdade é que na prática isso muitas vezes vem ocorrendo (LEITÃO, 2004, p. 20).

Muitas terras ocupadas por indígenas, ainda não demarcadas, sofrem com a sobreposição de unidades de conservação, fato que pode criar dificuldades para a regularização fundiária e até mesmo restringir o acesso dos indígenas a serviços básicos como educação e saúde. É o que se verifica, por exemplo, no

caso das Terras Indígenas Paranapuã (sobreposição com o Parque Xixová-Japuí), e Peguaoty (sobreposição com o Parque Estadual de Intervalos). Nas duas situações, o governo estadual recorreu ao Judiciário com o objetivo de garantir a proteção possessória das unidades e a retirada dos indígenas (CPISP, [201-?]).

Tem-se ainda o caso do Parque Estadual da Serra do Mar no estado de Paulo, considerado como o que possui a maior área de proteção integral do litoral brasileiro. Criado em 30 de agosto de 1977, seus 315.390 hectares abrangem parte de 23 municípios e a parcela das terras indígenas incidente nos limites do parque é bastante significativa. A terra indígena Boa Vista do Sertão do Pró-Mirim, está 100% sobreposta ao parque (CPISP, [201-?]).

FLORIT (2016, p. 264) sustenta que atentar-se aos âmbitos em que acontecem os principais conflitos ambientais “[...] *permite perceber que os mesmos, em geral, envolvem espaços geográficos com populações cujo modo de vida está intimamente relacionado com as próprias valorações da natureza*”. Conclui o autor destacando que, salvo no caso dos conflitos ambientais tipicamente urbanos, todos os âmbitos mencionados afetam populações que detêm concepções da natureza peculiares, como indígenas, quilombolas, dentre outros.

1.2 O *BUEN VIVIR* E O RESGATE DOS DIREITOS HUMANOS COMO ALTERNATIVA DE MUDANÇA

Atualmente, busca-se discutir caminhos e alternativas para superação do embate entre paradigmas e projetos para a sociedade, a partir de um senso humanitário que resgate a *recta ratio* (VITORIA, 2006; CAPUCIO, 2014) e retome a noção de pertencimento entre os seres humanos. O novo constitucionalismo latino americano é um fenômeno que pode ser interpretado nessa direção, reconhecido a partir da década de 1990. Trata-se de um movimento jurídico-político pautado em novos atores sociais e realidades globalizadas, ao admitir, por exemplo, direitos próprios da natureza e direitos ao desenvolvimento do *buen vivir*.

Esse fenômeno surge da necessidade de o Estado constitucional estar em permanente construção, adequando-se ao momento histórico vivido e legitimando demandas a respeito das conquistas e da concretização dos direitos humanos fundamentais. Supera-se, em definitivo, a ideia de que sociedade deve estar à

margem do processo constitucional: os contornos e limites na constituição passam a, de forma democrática, consolidar-se em novos espaços de compreensão que incluam novos sujeitos de direitos, como a *Pachamama*.

A estruturação desse projeto político-jurídico permite e se fundamenta na participação direta daquela parcela da população historicamente excluída, a exemplo dos povos indígenas. Práticas democráticas passam a sustentar a norma constitucional e superar as deficiências e vicissitudes sociais, na experimentação do pluralismo jurídico, representado pelo reconhecimento da natureza como sujeito de dignidade e de direitos (MARQUES JUNIOR, 2014, p. 99).

Sobre este tema, PELLENZ (2015, p. 153) esclarece que:

Em relação ao biocentrismo, enfatiza-se que o chamado novo constitucionalismo latino-americano vai de encontro a essa possibilidade. Chama-se atenção à Constituição do Equador, de 2008, que propõe inovações nesse sentido, qual seja a admissão da Natureza como sujeito de direitos (Direitos da Natureza). Legitimou-se a *Pachamama* como sujeito de direitos, ou seja, que recursos naturais podem ser partes na relação jurídica processual. No mesmo diploma legal, houve destaque ao direito humano a água, bem como a possibilidade do *Buen Vivir* a partir de uma perspectiva ambiental bastante avançada.

Ocorre que a perspectiva do buen vivir, como movimento jurídico-político, nas constituições do Equador e da Bolívia, remete ao pluralismo jurídico, como elemento chave na integração democrática da população, sem qualquer tipo de discriminação nesse sentido. Naquele contexto, este paradigma oportunizou a participação dos povos indígenas, não somente como sujeitos de direitos, mas atuantes nos processos decisórios por meio de autoridades comunitárias exercendo funções administrativas ligadas ao Estado nos mais diversos espaços territoriais.

Afasta-se, no novo constitucionalismo latino americano, do eurocentrismo e propõe-se um novo diálogo, sustentado na instituição de um modelo próprio de constituição, com autonomia para romper com paradigmas pré-estabelecidos, vislumbrando o giro descolonial tão importante para a construção de um novo horizonte constitucional no continente sul-americano. Não por outro motivo, as assembleias constituintes são compostas por diversos grupos sociais e, portanto,

de diversos interesses, descaracterizando dinâmica política da elite dominante influenciando de forma direta no texto constitucional de cada país.

Essa abertura confere espaço para a discussão e para o acolhimento de novas demandas jurídicas, viabilizando o atendimento de demandas específicas de cada contexto social e local, que rompem, em definitivo, com a assimilação jurídico-constitucional oriunda da Europa e da América do Norte, a partir da década de 1990.

Nesse interim, evidencia-se que:

A análise da Carta constitucional produzida, para fins de justificação da inclusão da mesma no novo constitucionalismo latino-americano, destaca seu conteúdo inovador e mesmo sua originalidade. Neste sentido, enumera-se: a previsão de um Conselho de Participação Cidadã e Controle Social (art. 207); a extensão constitucional sendo que “o formato analítico e detalhado visa manter estreita relação entre a vontade do constituinte e os poderes constituídos – a soberania popular” e a rigidez constitucional (arts. 441 e 442). Evidencia-se também o amplo catálogo de direitos, dentre eles os direitos da Natureza (arts. 71 e 72); a caracterização, como na Bolívia, dos direitos do *Vivir bien* ou *Buen vivir* (arts. 12 e 34); o destaque dado no preâmbulo a Pachamama; o controle de constitucionalidade por omissão (art. 94); a instituição de um Ministério Público para a defesa dos direitos fundamentais (arts. 86, 214 e 215) e da Defensoria Pública (art. 191) e, por fim, as chamadas instituições de garantia dos direitos políticos (art. 217) (CADEMARTORI, 2012).

As demandas jurídicas trazidas pelos grupos sociais representam o despertar de vozes adormecidas desde a colonização. O ideal de *buen vivir* é incorporado pelas constituições latino-americanas, como resultado de grandes transformações políticas nestes países nas últimas décadas, e que identificam a categoria fraternidade como princípio jurídico-político integrador, que só pode ser experimentado em ambientes plurais e democráticos.

Por esses motivos, fica evidenciado que o novo constitucionalismo Latino Americano oferece aportes essenciais fundamentados e orientados para o *buen vivir* como uma nova esperança, um caminho de salvação, um amanhã depois de uma terrível noite de pesadelos (BOFF, 2012, p. 65).

Isso implica sustentar que a humanidade está diante de uma nova oportunidade para imaginar outro mundo (COSTA, 2012, p. 102), a partir do cuidado e da fraternidade direcionados a outros objetos, como por exemplo, o direito dos povos tradicionais manterem suas origens, saberes e viveres.

Não se trata de um horizonte utópico, mas sim, de realocar o desenvolvimento humano a partir do *buen vivir*, já existente em constituições na América Latina para a perspectiva brasileira, no que tange ao cuidado e a fraternidade como categorias a serem vivenciadas na concretização dos Direitos Socioambientais.

As dinâmicas sociais baseadas no capital, no lucro e no mercado, entretanto, não compactuam com essas proposições. Assim, refletindo acerca dessas concepções, indaga-se: como é possível superar o primeiro ponto da dupla crise paradigmática apontada por STRECK (2008, p. 234-235), qual seja, estabelecer direitos supraindividuais sem, contudo, resolver o problema do sujeito cego pela sua condição de individualidade? A orientação de mudança e reflexão cultural sobre o significado dos direitos humanos fundamentais e dignidade da pessoa humana⁵ contextualizam-se, nesse período de transição (política, jurídica, cultural, econômica, geográfica – em potência), como incapazes de identificar o valor conferido à fraternidade, por exemplo.

Este cenário é o resultado das transformações sociais pautadas no interesse pessoal, no consumismo e individualismo exacerbado, o que resulta numa crise humanitária de dimensão global. Na busca da concretização dos interesses próprios não há limitações nem éticas, nem morais, nem legais: ainda que estes sinalizem, cruelmente, para o descarte de objetos, de elementos naturais e até mesmo de outros seres humanos. É preciso, neste contexto, resgatar a essência humana da proteção conferida pelo

⁵ Frise-se o pensamento de Sarlet: “[...] no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa”. (SARLET, 2009, p. 89-90).

Direito, sendo esta essência todo o fundamento da própria existência do Direito enquanto ordem teleologicamente orientada da sociedade humana.

Uma análise superficial da crise humanitária e de valores indica a necessidade de novos horizontes de compreensão, os quais as escolhas pessoais repercutem na moralidade e a moralidade repercute nas escolhas pessoais. Necessário então eleger os valores os quais determinam o sentido da vida na sociedade contemporânea globalizada. O desafio consiste em identificar pontos de humanidade convergentes entre as múltiplas culturas, de modo a fomentar o ideal de fraternidade entre os seres humanos, como bem desvela o *buen vivir*. Para a concretização dos direitos das sociedades tradicionais busca-se a efetivação dos direitos humanos, para além de discursos vazios de significados práticos, como meros conceitos abstratos⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio de conciliar desenvolvimento econômico e justiça socioambiental é latente na sociedade atual. As promessas em prol da preservação ambiental não concretizam-se em meio a proliferação dos empreendimentos altamente poluidores e preocupantemente poderosos. A garantia a um meio ambiente equilibrado não pode ser aplicada apenas sob uma premissa ecológica, mas também humanitária e à luz dos direitos humanos, como categoria essencial e universal. Em relação a estes, contudo, mostram-se prejudicados pela ausência de uma compreensão teórica e prática mais abrangente. Outro fator que dificulta a pretendida concretude da universalidade dos direitos humanos é a perpetuação do monólogo solipsista ocidental⁷. A existência desta categoria no cenário mundial

⁶ Sobre essa postura abstrata dos Direitos Humanos, Aquini comenta o esvaziamento de seu significado quando, naquele momento, não definiram - leia-se: esgotaram - os sujeitos de Direitos Humanos, ou seja, “[...] a fraternidade não é relegada à mera dimensão voluntarista, mas é também constitutiva dos poderes públicos. Ela não deixa, portanto, de definir os sujeitos que são chamados a aplicar e defender os Direitos Humanos, mas, de certa forma, evita que essa definição leve à diminuição do sentimento de responsabilidade naqueles que são capazes de dar uma contribuição importante para a aplicação desses direitos”. (AQUINI, 2008, p. 140).

⁷ Nessa perspectiva, “[...] enquanto os Direitos Humanos forem considerados essencialmente uma conquista ocidental, sua aplicação com o objetivo de um reconhecimento mundial deve ser encarada como ilusória ou imperialista”. (BIELEFELDT, 2000, p. 142).

perpetua uma dinâmica que não contribui com a efetivação dos direitos humanos das sociedades tradicionais.

Um exemplo dos diversos desafios nesta seara, explicitado ao longo do trabalho, é a sobreposição de Unidades de Conservação de Proteção Integral em territórios indígenas sem o consentimento destes, que consiste em situação tão grave quanto a exploração de suas terras pela implantação de empreendimentos poluidores e degradadores do meio ambiente.

Como brevemente explicitado ao longo do trabalho, a Compensação Ambiental proposta pela Lei do SNUC rompe com princípios e valores dos povos tradicionais que vivem e sobrevivem de sua terra, o que não pode ser admitido. Conforme bem colocou MILARÉ (2009, p. 141),

[...] o Direito não se constrói para si mesmo ou para uma ordem social e política abstrata. Ele deve interessar-se pelo homem concreto, pelas diferentes realidades humanas, permanentes e mutantes, que servem de insumo para a História Universal.

O trabalho naturalmente não pretendeu esgotar a temática dos desafios existentes à busca por uma proteção socioambiental consistente destes povos, sendo certo que existem outras questões relevantes a serem abordadas, além da proteção constitucional garantida aos indígenas e a manutenção de seus modos de vida enquanto populações tradicionais.

Há, neste contexto, uma história de luta por reconhecimento de identidade étnica com a valorização de seus viveres e saberes em prol da natureza, situação esta que não se esgota no reconhecimento do direito a posse da terra. A permanência desses povos nos territórios que desde sempre habitaram não pode ser vista como um empecilho ao desenvolvimento e a realidade vivenciada por todos que buscam tornar pública a importância de seus valores, enquanto povos e comunidades tradicionais, deve ser considerada pelo Estado em sua tomada de decisão.

Como possibilidade de reflexão, essa pesquisa buscou uma proposta humanitária e dialógica entre os diferentes modos de vida na sociedade globalizada. Chama-se atenção ao resgate de valores a fim de se corroborar outro cenário, no qual traga novas (re)

significações para as relações humanas. No momento em que se reconhece o outro como humano, no sentido mais amplo da expressão, inicia-se o cumprimento dos direitos humanos e a sua renovação histórica⁸, conferida pelo âmbito social e pela atuação do Estado.

Nesse sentido, a lição do *buen vivir* ensina que a vida é muito mais profunda do que as preocupações cotidianas, e que somos parte de algo muito maior que nós. Muitas comunidades indígenas, com sua sabedoria milenar, demonstram o *buen vivir* pela cosmovisão e como forma de resistência ao capitalismo, vivendo de suas práticas alternativas com organização, cooperação e respeito pelo outro e pela natureza.

No atual cenário de conflitos acerca da presença de seres humanos nas áreas de proteção integral ou mesmo em outras situações, em que a instalação de grandes empreendimentos venha a afetar a vida daqueles que vivem e sobrevivem da terra degradada, algumas soluções são urgentes e a necessidade de uma gestão compartilhada é ainda maior. É imprescindível identificar claramente o valor que justifica a proteção diferenciada nestes casos e quais as possibilidades de unir a conservação desse valor com a ocupação indígena. É inexorável, neste cenário, a existência de um diálogo direto com essas populações, que, quase nunca são ouvidas e sofrem com as consequências das decisões tomadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campello de A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALMEIDA, Maria Celestino de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11. ed. Ampl. Reform. Editora: Lumen Juris, 2008. 940p.

AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos. O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual da ciência política**. Tradução de Durval Cordas,

⁸ Rememora Bielefeldt: “[...] Os Direitos Humanos tiveram, e continuam tendo de ser conquistados, também no Ocidente, e isso não só contra as camadas privilegiadas e os avalistas do Estado forte, mas igualmente contra aqueles que viam e vêem ameaçadas as normas tradicionais, as convicções e os relacionamentos de autoridade através das reivindicações emancipacionistas dos modernos Direitos Humanos”. BIELEFELDT, 2000, p. 152.

Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, (SP): Cidade Nova, 2008. Título original: Il principio dimenticato: La fraternità nella riflessione politologica contemporanea.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo, (RS): UNISINOS, 2000. Título original: Philosophie der menschenrechte.

BOFF, Leonardo. Ecologia: um novo paradigma. In: BOFF, Leonardo (Org.). **Ecologia, mundialização, espiritualidade**: a emergência de um novo paradigma. São Paulo: Ática, c1993. 180p. (Religião e cidadania).

_____. **Sustentabilidade**: o que é e o que não é. Petrópolis: Vozes, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Altera o ato das disposições constitucionais transitórias, introduzindo artigos que criam o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 31 dez. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em: 16 dez. 2018.

_____. Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981, e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.

_____. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 8 fev. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.

_____. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 2 set. 1981. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%206.938-1981?OpenDocument>. Acesso em: 7 out. 2017.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 1º fev. 1999. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei%209.784-1999?OpenDocument>. Acesso em: 7 out. 2017.

_____. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**. Brasília, DF, 19 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9985.htm>. Acesso em: 7 out. 2017.

_____. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente. CONAMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 3378. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3378&processo=3378>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 17736/PA. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2216015/agravo-de-instrumento-ag-17736-pa-20060100017736-8>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de. **O Novo Constitucionalismo Latino Americano**: desafios da sustentabilidade. Palestra apresentada no XXI Congresso Nacional do CONPEDI, Rio de Janeiro, UFF, 2012.

CAPUCIO, Apontamentos Sobre Francisco De Vitória E Francisco Suarez: Construção Doutrinária e Fundamento Do Jus Gentium. In: MENEZES, Wagner. **O Direito Internacional Clássico e seu Fundamento**. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **Sobreposição a unidades de conservação**. São Paulo, [201-?]. Disponível em: <<http://cpisp.org.br/indios/html/texto.aspx?ID=211>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

CONVENÇÃO Nº 169 SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS E RESOLUÇÃO REFERENTE À AÇÃO DA OIT / ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Brasília: OIT, 2011 1. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

COSTA, Ana Paula Motta. **Os adolescentes e seus direitos fundamentais**: da invisibilidade à indiferença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DIEGUES, Antonio Carlos Santana **O mito moderno da natureza intocada**. 3. ed. São Paulo: Hucitec Núcleo de Apoio à Pesquisa sobre Populações Humanas e Áreas Úmidas Brasileiras, USP, 2000. Disponível em:

<<https://raizese frutos.files.wordpress.com/2009/09/diegues-o-mito-moderno-da-natureza-intocada.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

FLORIT, Luciano Félix; GRAVA, Diego da Silva. Ética ambiental e desenvolvimento territorial sustentável: uma análise com base na categoria especismo. **Revista Ambiente & Sociedade**, São Paulo, p. 23-42, out.-dez. 2016. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/317/31749464004/>>. Acesso em: 4 out. 2017.

FLORIT, Luciano Félix. Conflitos ambientais, desenvolvimento no território e conflitos de valoração: considerações para uma ética ambiental com equidade social. **Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente**, v. 36, p. 255-271, abr. 2016. Disponível em: <<http://revistas.ufr.br/made/article/view/41624>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 37-41. Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/10144.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017.

GONÇALVES PEREIRA, Tatiana Cotta. Interpretações da crise e as tonalidades do movimento verde. In: Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, 21., 2016, São Paulo. **Jurisprudência, ética e justiça ambiental no século XXI**. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017.

GUDYNAS, Eduardo. **La Tierra no es muda**: diálogos entre el desarrollo sostenible y el postdesarrol. Universidad de Granada, Granada, 2011. p. 69-96. Disponível em: <<http://www.gudynas.com/publicaciones/GudynasUsosIdeasSustentabilidadGranda11.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

LEITÃO, Sérgio. Superposição de leis e de vontades: por que não se resolve o conflito entre terras indígenas e unidades de conservação. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio da sobreposição**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004, p. 17-23. Disponível em: <https://site-antigo.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/10144.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2017.

LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil**: por uma antropologia da territorialidade. Brasília: UnB, 2002. Série Antropologia nº 322. 32p. Disponível em: <http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas%202002-2003/2002-2003_paullittle.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2018.

MARQUES JÚNIOR, William Paiva. A epistemologia emancipatória, inclusiva e participativa do novo constitucionalismo democrático latino-americano. In: MORAES, Germana de Oliveira et al. (Orgs.). **Constitucionalismo democrático e integração da América do Sul**. Curitiba: CRV, 2014.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 6. ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 1343p.

MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo ecocêntrico nos Andes: os direitos de Pachamama, o bem viver e o direito a água. In: MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; UNNEBERG, Flávia Soares (Orgs.). **Para além das fronteiras**: o tratamento jurídico das águas na UNASUL. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 9-31.

NUNES, Antonio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALES, Rodrigo da Costa. Belo Monte: cristalização do retrocesso ambiental e de direitos humanos. **Revista eletrônica Justificando**, 2017. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/13/belo-monte-cristalizacao-do-retrocesso-ambiental-e-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 18 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana no estado democrático de direito. In: MOURA, Lenice S. Moreira (Org.). **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89 e 90.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, estado e política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; GARCIA, Marcos Leite (Orgs.). **Reflexões sobre política e direito**: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

VITÓRIA, Francisco de. **Os Índios e o Direito da Guerra** : De Indies et de Jure belli Relectiones. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

WWF INTERNACIONAL 2008. **Povos indígenas e conservação ambiental**: declaração de princípios do WWF. Gland, Suíça: WWF Internacional. 2008. Disponível em: <http://assets.wwf.org.br/downloads/povos_indigenas_e_conservacao_ambiental_declaracao_de_principios_do_wwf.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens. **Conflitos ambientais**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2014. Disponível em: <http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/ZHOURI__LASCHEFSKI_-_Conflitos_Ambientais.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

DEMOCRACIA RACIAL E IGUALDADE MATERIAL:

ENTRE AÇÕES AFIRMATIVAS E MOBILIZAÇÃO SOCIAL

Renan Cauê Miranda Pugliesi¹

INTRODUÇÃO

O estudo ora proposto enfocou a temática envolvendo a discriminação racial dos negros no contexto da sociedade brasileira, abordando a questão através de dados estatísticos e de um comparativo com a questão racial norte-americana – que gerou, inclusive, manifestações populares nos últimos anos –, não se olvidando o que a doutrina leciona acerca do tema.

A justificativa e relevância social de se abordar esta temática estão relacionadas à disseminação da ideia, na sociedade, de que a discriminação racial não mais existiria com intensidade, sendo um problema secundário perante outros problemas estruturais, como a pobreza e a miséria, que igualmente geram exclusão social. Evidenciar o contrário consiste no primeiro passo rumo à verdadeira concretização da igualdade material, permitindo que a sociedade se insurja contra a desigualdade – tal qual se deu nos Estados Unidos, nos últimos anos.

A problematização levantada reside na necessidade de explicitar a patente discriminação racial que impera na sociedade brasileira. O preconceito contra negros não pode ficar às sombras

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP; membro do grupo de pesquisas “GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais”; membro do grupo de pesquisas “Ideologia do Estado e Estratégias Repressivas”; membro do grupo de pesquisas “Políticas Públicas e Direitos Sociais”; membro do Grupo de Pesquisa INTERVEPES – Intervenção do Estado na Vida das Pessoas, todos devidamente registrados no CNPq. E-mail: renan.pugliesi@gmail.com.

das questões sociais, como se o problema não existisse. Os dados demonstram que o negro ainda não consegue, atualmente, participar da sociedade de forma plena e em igualdade de condições com seus demais membros, havendo necessidade de se expor tal cenário de discriminação, desmistificando a pretensa “democracia racial” que tanto se proclama.

O objetivo ora proposto foi apontar a desigualdade racial vivenciada pela sociedade brasileira, buscando demonstrar como o preconceito estrutural e institucionalizado é algo construído através dos tempos. A partir desta constatação, e da análise da questão racial nos Estados Unidos, é possível vislumbrar a necessidade de articulação social na busca por transformações que levem à concretização da igualdade material.

Para que fosse possível atingir tal finalidade, fez-se uso, como método principal de abordagem, do método dialético, uma vez que o trabalho, constantemente, constrói e desconstrói conceitos e significados, a fim de identificar em quais deles a realidade brasileira se enquadra e aonde é preciso chegar para que a discriminação racial contra os negros seja combatida. Ainda, usou-se o método comparativo como método de apoio, buscando traçar um paralelo entre as realidades brasileira e norte-americana. Como técnica de pesquisa, adotou-se a pesquisa documental indireta, a fim de angariar dados, conceitos doutrinários e notícias envolvendo o tema, não se olvidando a contribuição da indústria cinematográfica para a conclusão da pesquisa.

1 CONTEXTUALIZANDO A PROBLEMÁTICA ATRAVÉS DE DADOS

Muitos são os problemas identificáveis na sociedade da atualidade, sendo impossível vislumbrar aquele ao qual seria preciso dispensar maiores esforços para a solução. No Brasil, é possível apontar alguns que constantemente estão na pauta das discussões mais acaloradas: corrupção, acesso à saúde, violência e sistema carcerário, pobreza e má distribuição de renda, etc.; são variadas as temáticas, com grandes empecilhos na busca de soluções.

Conforme assevera Marcos Nobre (2016, *passim*), o Brasil vivencia um cenário de crise das instituições democráticas, marcada pela ausência de representatividade da classe política em relação aos seus eleitores, gerando abalos na democracia que são difíceis de

mensurar. Além disso, lembra Eduardo Cambi (2016, p. 672) que impera na sociedade brasileira uma corrupção sistêmica, calcada na formação oligárquica de um Estado patrimonialista, algo que gera promiscuidade entre os poderes político e econômico, acentua os privilégios e as desigualdades, destrói a cidadania e, por fim, aprofunda a crise da democracia.

Essas questões constantemente retornam às pautas de discussões na sociedade brasileira. Entretanto, muitas outras questões, tão graves e importantes quanto as já mencionadas, acabam ficando encobertas aos olhos da sociedade, em razão de certa inclinação midiática a temáticas que chamam mais atenção – por vezes, envolvendo certo sensacionalismo -, ou que envolva jogos de poder e interesses; de uma omissão da própria sociedade, que prefere se imiscuir quanto a certos assuntos; ou em razão do problema estar diluído em outro, que acaba atraindo um enfoque diferenciado. Um grande exemplo de tema que, por vezes, trafega em segundo plano relaciona-se ao racismo.

O preconceito racial, principalmente contra os negros, não possui o destaque merecido na sociedade brasileira, onde pouco se trata, inclusive no ambiente acadêmico. De fato, quase não se veicula na mídia, poucos dados são passados nos jornais a fim de alertar a população sobre os acontecimentos do dia a dia. Aliás, a população tende a não enfrentar o tema, devido ao mal-estar que causa, fazendo-a questionar-se acerca dos próprios preconceitos.

Contudo, um dos grandes fatores a ocasionar essa obscuridade em relação à problemática é o fato dela estar, aos olhos da sociedade, diluída numa questão que tem chamado mais atenção: a questão social. Segundo *síte* do IPEA (2016a, s.p.), 8.191.008 de pessoas viviam na linha da extrema pobreza em 2014 - cálculo realizado com base nas necessidades calóricas, calcadas nas recomendações da Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação e da Organização Mundial de Saúde. O mesmo endereço eletrônico informa que 1% da população brasileira mais abastada acumulava a mesma riqueza que 15,45% equivalente à mais pobre, evidenciando gritante desigualdade na distribuição de renda (IPEA, 2016b, s.p.).

Com isso, e diante da polarização política que pretendem defender, em um verdadeiro maniqueísmo desgovernado que vivencia, nas mídias sociais, um campo de irracionalidade e gênese de discursos de ódio, tem-se, de um lado, as pessoas mais pobres da

sociedade e, de outro, uma pretensa elite, marcada predominantemente pela denominada “nova classe média” (SAFATLE, 2017, passim) – que pretende uma ascensão social à condição de elite, mas é constantemente frustrada neste intento -, a questão social ganha imenso destaque nas pautas de discussão, o que acaba mascarando graves problemas, como se dá com o racismo contra negros.

É preciso atentar, contudo, para o alerta da doutrina:

Entretanto, a reprodução da pobreza e da miséria, no caso brasileiro, é um processo amplo e complexo. Não é fruto de guerras, catástrofes climáticas prolongadas ou qualquer outro tipo de evento de largo espectro. Trata-se, efetivamente, de um fenômeno histórico e social que expressa, em última análise, uma regulação perversa; uma sociedade que produz pobres nos períodos de crise econômica, mas também em fases de crescimento (JACCOUD; THEODORO, 2007, p. 105).

A pobreza e a miséria que se perpetuam na sociedade guardam intrínseca complexidade, sendo compostas por inúmeros fatores, como o componente regional – havendo clara acumulação de riquezas na região Sudeste, oposto ao que se dá na região Nordeste -, assim como a questão de gênero – vez que boa parte das mulheres, principalmente aquelas que chefiam as famílias, permanecem nos estratos mais baixos da sociedade. Neste contexto, desponta o preconceito racial como fator de desigualdade social, inclusive economicamente, havendo maior vulneração no que atine aos seus direitos quando da entrada ao mercado de trabalho, à renda auferida, às condições de trabalho – em boa parte, informal -, dentre muitos outros fatores (JACCOUD; THEODORO, 2007, p. 106-107).

Em verdade, o preconceito racial acontece, na maioria das vezes, de forma velada, mascarando um mal que está incrustado no âmago da sociedade e que aparenta estar longe de chegar ao fim. Há, por vezes, a falsa sensação de que a sociedade da atualidade finalmente conseguira superar preconceitos injustificáveis como estes. Contudo, a realidade está bem distante de condizer com tal premissa, o que pode ser demonstrado através de alguns dados.

De acordo com o IBGE (2016, p. 45-55), e tendo por base seis regiões metropolitanas – Recife, Salvador, Belo Horizonte, Rio de Janeiro, São Paulo e Porto Alegre -, em 2015, as pessoas

ocupadas, de cor preta ou parda – ou seja, negros -, ganhavam, em média, 59,2% do rendimento daqueles de cor branca. Houve considerável aumento desde 2003, quando o percentual assinalava 48,4 pontos, o que, contudo, está bem distante de qualquer critério de igualdade. Nessa mesma linha, em 2015, a maior taxa de desocupação era a das mulheres negras (8,9%), enquanto a menor pertencia aos homens brancos (5,5%).

Mas não é apenas no mercado de trabalho que o preconceito pode ser verificado. Segundo o Mapa da Violência de 2016, no ano de 2003 foram cometidos 13.244 homicídios de pessoas brancas por armas de fogo, número que caiu para 9.766 em 2014, queda de 26,1%. Contudo, entre os negros, o número de vítimas negras (pretas e pardas) passou de 20.291 para 29.813 no mesmo período, um aumento de 46,9%. Outrossim, nota-se que, em 2003, morria, proporcionalmente, 71,7% mais negros que brancos pelo uso de armas de fogo, números que aumentaram para 158,9% em 2014 (WAISELFISZ, 2016, p. 55-60).

Tal tendência é seguida em determinados grupos da população. No tocante às estatísticas trazidas no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, foi possível inferir que a proporção de homicídio entre mulheres brancas e negras apresenta grande distinção: em 2004, a proporção entre as vítimas brancas era de 44%, caindo para 32% em 2014. Já para mulheres negras, de 48% em 2004, passou-se a 62% em 2014 (LIMA; BUENO, 2016, p. 132), comprovando uma considerável melhora em relação às mulheres brancas – embora ainda insuficiente e longe do ideal, ressalte-se -, e uma drástica piora em relação às mulheres negras.

De fato, salvo raras exceções geográficas, a população negra é a principal vítima dos homicídios no Brasil: enquanto as taxas de homicídio à população branca tende, historicamente, a cair, a taxa em relação aos negros só aumenta – como ocorreu nos últimos anos (WAISELFISZ, 2015, p. 29).

Embora os dados não possam ser avaliados de forma isolada, ou mesmo acrítica, há de se notar que quando diversos dados, das mais variadas fontes, trilham no mesmo caminho, concatenando-se, é preciso atentar-se para a premissa que deles ganha vida. Nesse sentido, as estatísticas só corroboram com o fato de como os negros são constantemente discriminados por meio das mais diversas formas, sendo eles atingidos mais arduamente pelas diversas mazelas que afligem a sociedade brasileira. Trata-se, em

verdade, de algo estrutural, presente em todas as áreas e setores da composição organizacional da sociedade.

2 PRECONCEITO RACIAL: A CONSTRUÇÃO DA INDIFERENÇA

O problema está bem longe de acabar, estando o preconceito racial difundido na sociedade nos mais diversos setores, atuando, por vezes, de forma silenciosa. Embora não seja falado, esbravejado, ou não se manifeste através de verdadeiras agressões, há uma *violência silenciosa* no olhar de desprezo, no sentimento de soberba, nas seleções de emprego por critérios que encobrem suas motivações escusas, num simples ato de atravessar a rua e evitar alguém.

A situação do negro e os paradigmas de preconceito que imperam na sociedade da atualidade possuem, indubitavelmente, muitas raízes históricas, em razão da escravidão que ocorreu não apenas no Brasil, mas em várias partes do mundo. Destaca-se, em terras brasileiras,

A profunda desigualdade racial entre negros e brancos em praticamente todas as esferas sociais brasileiras é fruto de mais de quinhentos anos de opressão e/ou discriminação racial contra os negros, algo que não somente os conservadores brasileiros, mas uma parte significativa dos progressistas recusam-se a admitir (SANTOS, 2007, p. 15).

De fato, “o racismo contra os negros no Brasil tem sido praticado desde o primeiro momento da chegada forçada destes seres humanos no país, uma vez que foram trazidos como escravos” (SANTOS, 2007, p. 15). Desde o início do tráfico negreiro, formaram-se os alicerces para a consolidação de mentalidade excludente que impera na sociedade da atualidade.

Acerca do tema, lembra Ana Laura Vieira (2016, p. 18-20) que houve dois tipos de escravidão no Brasil: a indígena, marcada pelas necessidades do início do período colonial, e a de escravos negros africanos, que perdurou por muito mais tempo, devido seu enquadramento numa lógica de mercado lucrativa para os donos de terra, figuras integrantes da “elite colonial”, representando uma grande força motora de trabalho e, conseqüentemente, de impulso do capital.

Mas, diferentemente da visão do trabalhador atual, em que se vê uma pessoa apta a exercer o labor, criador da força de trabalho, legítima mão de obra, os escravos estavam muito mais próximos do *status* de coisa que de algum atributo de humanidade; era a verdadeira reificação da existência humana. Nesse sentido:

Um escravo no Brasil era literalmente tratado como objeto, como coisa desprovida de direitos, uma vez que a liberdade que lhe era retirada não era em relação apenas a liberdade de locomover-se para qualquer lugar, mas era realmente o impedimento que a pessoa negra escrava tinha de se autodeterminar. Um escravo não tinha direito a qualquer tipo de escolha, sendo fadado sempre a agir do modo como a condição de propriedade do seu senhor exigia. O tratamento dado aos escravos era digno ou pior do que o tratamento dado a animais (VIEIRA, 2016, p. 21).

Com o fim da escravidão, mudou-se o rótulo, mas muito do que marcava o período escravocrata permaneceu. De fato, a concessão da liberdade pela Lei Áurea – algo que jamais deveria ter que ser concedido ou outorgado por ninguém, por ser um direito humano inato –, não veio acompanhada de planos, estratégias e provimentos materiais para embasar a reestruturação da sociedade, de forma que a liberdade se tornasse plena e efetiva, dando reais condições para que pudesse ser usufruída.

Ao contrário, houve verdadeira liberação desordenada, quase uma expulsão das grandes terras, deixando os negros ao léu. Deixaram de se submeter a pessoas específicas, aos seus senhores, para se submeterem à sociedade toda, à elite, ao modelo capitalista marcado pela por uma lógica de mercado essencialmente excludente. São, agora, “escravos” de todo um sistema que não foi arquitetado para recebê-los, para enquadrá-los em meio a suas engrenagens, um modelo que não estava interessado em aceitar modificações, sendo, por isso, relegados à exclusão, transformando-se em “peças fora da máquina”, dispensáveis; tornaram-se escravos da própria sorte.

Diante desse cenário, não é exagero dizer que anos e anos de “discriminação racial e seus efeitos nefastos construíram dois tipos de cidadania neste país, a negra e a branca” (SANTOS, 2007, p. 15). Essa dualidade está imanente nas estruturas sociais, de maneira que a sorte da jornada de cada cidadão pode estar, de certa forma, predeterminada de acordo com a cor da pele. Embora seja possível

ascender da situação de exclusão, deve-se reconhecer que esta faz parte das missões mais difíceis da vida contemporânea; os obstáculos sempre se apresentam como mais árduos e mais difíceis de serem superados para determinados seguimentos da sociedade.

Destaca-se, nesse ínterim, que a indiferença com a situação de exclusão dos negros é inegavelmente algo construído através do tempo. Contudo, não só a construção, como também a manutenção dessa estrutura tem a forte influência da própria cultura da indiferença que, na maior parte do tempo, não quer enxergar a realidade de discriminação e, portanto, faz com que os membros da sociedade não se insurjam contra o estado de coisas que se perpetua.

Para corroborar tais afirmações, interessante vislumbrar alguns “casos” de manifestação de patente preconceito racial que, embora separados no espaço-tempo, formam uma ponte apta a evidenciar que o Brasil de hoje não conseguiu superar completamente a discriminação racial que foi marca em outras épocas.

Martin Luther King Jr., símbolo do movimento negro norte-americano, compartilha uma experiência de infância:

O segundo incidente aconteceu quando eu tinha uns 6 anos de idade. Desde os três eu costumava brincar com um coleguinha branco mais ou menos da mesma idade. Sempre nos sentimos livres para fazermos juntos nossas brincadeiras infantis. Ele não vivia em nossa comunidade, mas costumava estar ali todos os dias; seu pai era proprietário de uma loja que ficava em frente à nossa casa. Aos seis anos entramos na escola – escola separadas, é claro. Lembro-me que nossa amizade começou a se romper nesse momento – por desejo não meu, mas dele. O clímax aconteceu quando um dia ele me disse que seu pai tinha exigido que ele não brincasse mais comigo. Nunca vou me esquecer do choque que isso representou para mim. Imediatamente perguntei a meus pais sobre os motivos por trás de uma afirmação como essa. Estávamos à mesa de jantar quando essa situação foi discutida, e então pela primeira vez ganhei consciência da existência de um problema racial. Nunca tinha me dado conta disso antes. Quando meus pais expuseram algumas tragédias resultantes desse problema e alguns dos insultos que eles próprios haviam confrontado, meu choque foi grande, e a partir desse momento decidi odiar qualquer pessoa branca. [...] como eu podia amar uma raça de pessoas que me odiavam e que tinham sido responsáveis pelo rompimento de minha amizade com um de meus melhores amigos de infância? (CARSON, 2014, p. 19-20).

Após muitas décadas, a situação não diverge tanto dos males vivenciados há cerca de 50 ou 60 anos. Nos EUA, por exemplo, a crise envolvendo o preconceito racial superou o período de latência, começando a demonstrar os primeiros sinais de que a situação pode fugir do controle. São variadas as notícias de violência cometida contra negros, ocasionando, inclusive, a insurgência de alguns movimentos em prol de seus direitos.

A fala de Zianna Oliphant, de apenas 9 anos, na Câmara Municipal de Charlotte, Carolina do Norte, é impactante e traz contornos atuais às palavras do sr. King. Zianna manifestou-se, sob lágrimas, e diante de um clima de tensão gerado pela morte de Keith Lamont Scott, de 43 anos, ocorrida nesta cidade, após tiros disparados pela polícia. Na íntegra, seu depoimento:

Vim aqui hoje para falar sobre como me sinto. E sinto que nós somos tratados de forma diferente das outras pessoas, e eu não gosto de como somos tratados só por causa da nossa cor; isso não significa nada para mim. Eu acredito que...nós somos pessoas negras e não deveríamos ter que nos sentir assim. Nós temos que protestar porque estão tratando a gente mal. Nós fazemos isso porque precisamos e temos o direito...Nasci e fui criada em Charlotte e nunca me senti assim até agora. E não posso aceitar a forma como somos tratados. É uma vergonha que nossos pais e mães sejam mortos e nós não possamos vê-los mais. É uma vergonha nós termos que ir para o cemitério e enterrá-los. E nós temos lágrimas, e não deveríamos ter lágrimas. Nós precisamos de nossos pais e nossas mães para estarem ao nosso lado (BBC, 2016, s.p., tradução nossa).

Note-se, contudo, que isso não ocorre apenas nos Estados Unidos. No Brasil, não é difícil encontrar relatos nesse sentido. Numa escola particular de Contagem, na região metropolitana de Belo Horizonte, uma garota negra de apenas quatro anos de idade foi repreendida pela avó de seu parceiro de quadrilha, um menino da mesma idade, contudo, branco. Única negra numa turma de catorze alunos, a menina ficou acuada no canto de uma sala, enquanto a avó esbravejava, aos berros, perguntando porque seu neto teria dançado com aquela “preta feia, horrorosa”. A professora, indignada, denunciou as ofensas à responsável pelo colégio que se limitou a dizer “que isso acontece sempre e, se fosse brigar com cada família preconceituosa, a escola já estaria fechada”. Mais de um ano depois, as sequelas permaneceram e, apesar do acompanhamento psicológico, houve grande trauma, segundo a mãe da criança: “Ela

era muito independente, esperta, resolvia tudo sozinha. Hoje, chora por qualquer coisa, diz que é negra, feia e que eu não gosto dela. Isso causou um estrago na vida da minha filha. É muito doído” (STREIT, 2013, s.p.).

Em 2014, a ONU constatou que o racismo no Brasil é estrutural e institucionalizado, permeando todas as áreas da vida, havendo ampla crença no mito da democracia racial, abraçado por parte substancial da população que nega a existência do racismo. Aliás, para a instituição, um dos maiores obstáculos para lidar com o problema é justamente essa crença, algo constantemente utilizado por políticos conservadores para desacreditar as ações afirmativas. Para a ONU, é preciso desconstruir a ideologia do branqueamento que afeta parcela considerável da população brasileira (CHADE, 2014, s.p.).

Passados dois anos, a opinião da ONU (2016, p. 11-13) se manteve, informando esta que as comunidades afrodescendentes, inclusive as quilombolas, sofrem com sérios problemas de racismo, discriminação estrutural e violência, potencializadas pela discriminação relacionada à pobreza, à vida na periferia e em comunidade rurais mais carentes. Ainda, destaca o racismo institucional do sistema carcerário brasileiro, com 75% de negros entre os reclusos – havendo, aqui, clara identificação com o documentário da 13ª Emenda. Ainda, segundo este órgão:

Racismo e discriminação estrutural tem um impacto significativo nas vidas e oportunidades disponíveis para Afro-Brasileiros. Eles são a causa da marginalização e pobreza e são diretamente ligadas à vulnerabilidade e violência. Enquanto a sociedade brasileira enfrenta níveis extraordinariamente altos de violência, lamentavelmente essa violência também tem uma dimensão claramente racial. Como preocupação adicional tem-se que muitas mortes são perpetradas por armas do Estado, incluindo polícia militar, muitas vezes com total impunidade (ONU, 2016, p. 19, tradução nossa).

A questão dos negros evidencia, em verdade, a estagnação moral da atualidade, no sentido de ausência reavaliação e revalidação de certos valores éticos que trazem consigo uma carga valorativa de séculos de busca por novas respostas às perguntas com as quais a humanidade frequentemente se depara, envolvendo igualdade, dignidade da pessoa humana e uma sociedade mais justa.

No atual estágio da evolução do pensamento, nas mais diversas ciências, era de se esperar que velhas concepções estivessem há muito superadas. Entretanto, não obstante a existência de leis que buscam a quebra de certos paradigmas que imperam há muito na sociedade brasileira, prezando pela igualdade e pela não discriminação, a realidade se mostra patente em sentido diametralmente oposto.

Muito embora não seja algo tão escancarado como a escravatura, a discriminação se mostra velada, oculta nas sombras de uma sociedade de aparências, que guarda em seu seio um pernicioso gene para a perpetração das mais esdrúxulas violências contra a natureza humana, menosprezando-se um semelhante em razão de um fator biológico como a cor da pele, que, em última análise, num aspecto moral e no que atine à essência de um grau de humanidade e de dever de respeito mútuo, em nada o diferencia dos brancos, que se impuseram durante muitos séculos através da força e de um pressuposto de hegemonia cultural, racial e étnica.

Seria possível supor que, por ser algo velado, sua ocorrência se daria de forma isolada, ou em pequena amplitude, o que é, em verdade, um erro. Não só ocorre muito, como o fato de ser oculta potencializa o problema, causando justamente a ilusão de não ser algo a causar preocupação, impedindo uma mobilização maior daqueles que buscam enfrentar o problema.

Não menos verdade é a afirmação de que a sociedade brasileira se acostumou com a prática da discriminação; ela é vista, sabe-se que existe, mas é preferível minimizá-la perante outros problemas sociais, ou fingir que o possível já está sendo feito, por exemplo, através da política de cotas. Ou, pior, aceita-se o preconceito racial como um traço cultural (quase) insuperável, que não será alterado tão cedo e que, por isso, nada de muito urgente pode ser feito.

Nessa senda, as lições de Santos (2007, p. 16):

A indiferença moral em relação ao destino social dos indivíduos negros é tão generalizada que não ficamos constrangidos com a constatação das desigualdades raciais brasileiras. Elas não nos tocam, não nos incomodam, nem enquanto cidadãos que exigem e esperam o cumprimento integral da Constituição Brasileira. É como se os negros não existissem, não fizessem parte nem participassem ativamente da sociedade brasileira. A "invisibilidade" do processo de discriminação

racial reaviva o mito da democracia racial brasileira, impedindo uma discussão séria, franca e profunda sobre as relações raciais brasileiras e, mais do que isso, inibe a implementação de políticas públicas específicas para os negros.

Assim, o primeiro passo para a superação dessa realidade social que se distancia dos ideais democráticos que o Brasil almeja concretizar encontra-se no reconhecimento do problema, deixando-se de adotar certas “muletas morais”, a fim de encarar a situação como algo que precisa ser mudado urgentemente e que pode, através da atuação do poder público em conjunto com os membros da sociedade, encontrar certos caminhos rumo à *democracia racial* que tanto se proclama, mas que, em verdade, está bem distante das suas promessas.

A discriminação racial precisa, primeiro, sair das sombras do preconceito social, tornar-se “visível” para que seja encarada como um problema específico, questão a ser particularmente enfrentada, desprendida de outras situações que, embora intimamente relacionadas e interligadas, contendo um ponto de toque, de interseção, não estão contidas umas nas outras. Assim como se construiu, através do tempo, a indiferença para com as diferenças, é preciso que haja sua desconstrução.

Por isso, imprescindível uma análise acerca das políticas públicas consubstanciadas através das *ações afirmativas*.

3 IGUALDADE MATERIAL, POLÍTICAS AFIRMATIVAS E MOVIMENTOS SOCIAIS: CONCATENANDO AÇÕES PARA A TRANSFORMAÇÃO

A desigualdade é algo patente na sociedade, existindo onde quer que haja interação humana. Com o fim de concretizar ideais de justiça social, é preciso vislumbrar formas de alcançar certa dose de igualdade, havendo que se questionar, contudo, qual seria a igualdade almejada. Isso porque a igualdade é um conceito jurídico que abrange duas feições, uma formal e uma material.

Joaquim B. Barbosa Gomes (2007, p. 48) ensina que a igualdade formal funcionou como sustentáculo jurídico para o Estado liberal burguês, sendo caracterizada pela lei aplicada de forma igual para todos, sem qualquer distinção. Assim, possui natureza abstrata

e tem um viés extremo em razão da neutralidade assumida pelo Estado liberal, sendo, em razão disso, concretização dos próprios ideais libertários.

Por outro lado, a dimensão material da igualdade corresponde a um viés democrático e social, caracterizado pela proibição da discriminação e obrigação da diferenciação (ALVES, 2013, p. 258). Concretiza-se, assim, através de prestações positivas de inclusão e transformação social, tratando desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Nessa linha, leciona Walter Claudius Rothenburg (2008, p. 81):

Simplificadamente, diremos que há uma dimensão negativa e outra positiva do princípio da igualdade. A primeira exprime-se por meio de uma proibição à discriminação indevida e, por isso, tem em mira a “discriminação negativa” (ou apenas “discriminação”, o sentido usual do termo, que encerra um sentimento ruim). A segunda exprime-se por meio de uma determinação de discriminação devida e, por isso, tem em mira a assim chamada “discriminação positiva” (ou “ação afirmativa”).

Assim, ao invés de abraçar uma noção “estática” de igualdade, apegada ao formalismo e à abstração, típica dos modelos liberais concretizados pelas Revoluções Francesa e Americana, é preciso, nos dias atuais, adotar uma noção “dinâmica”, “militante” da igualdade, com a avaliação minuciosa das desigualdades concretas existentes na sociedade, sopesando-as. Através de *ações afirmativas*, pretende-se que as situações de desigualdade sejam tratadas como tais, evitando-se, com isso, o aprofundamento e perpetuação das disparidades produzidas pela própria sociedade. A partir dessa noção, legisladores e aplicadores do Direito levam em consideração as situações concretas de desigualdade, evitando que os ideais liberais de igualdade formal obstem a efetivação de direitos de pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas (GOMES, 2007, p. 49).

Portanto, as ações afirmativas são ponto chave para a concretização da igualdade substancial que, em última instância, garante, por vias reflexas, os mais caros princípios democráticos e de dignidade da pessoa humana.

Buscando esclarecê-las, a doutrina dispõe que:

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade (GOMES, 2007, p. 51).

Nesse sentido, as ações afirmativas se mostram como a delimitação de uma nova etapa social do mundo contemporâneo, marcada pelo reconhecimento dos prejuízos causados aos negros em razão de políticas institucionais que geraram a exclusão de várias gerações, colocando-as às margens da sociedade. Assim, buscam solucionar tais injustiças, através, principalmente, das discriminações positivas (BARBIERI; QUEIROZ, 2007, p. 681).

Os movimentos envolvendo a adoção de ações afirmativas para negros no Brasil, que ganharam força no final dos anos 80 e início da década de 90 do século passado, visam, assim, proporcionar condições reais, fáticas, de superação de desigualdades por motivo de raça nos mais diversos aspectos do cotidiano da sociedade brasileira. Houve, de fato, forte influência de experiências vivenciadas em outros pontos do mundo, onde o Estado buscou atuar em benefício de determinados segmentos sociais discriminados, como na Índia, em 1949, em questões envolvendo classes, e nos Estados Unidos, na década de 60, em questões raciais, dentre outros inúmeros exemplos (VIEIRA JÚNIOR, 2007, p. 93).

Assim, as discriminações positivas vão de encontro àquelas negativas, ou seja, discriminações propriamente ditas, com o fito de, concedendo alguns benefícios – e não privilégios, algo que consistiria numa vantagem indevida e geradora de mais desigualdade –, alcançar a concretização de igualdade não só perante a lei, mas uma igualdade fática de poder participar da sociedade de forma plena e efetiva.

Contudo, além de tal ideal, engendrado na concretização da igualdade de oportunidades, há, entre os objetivos almejados pelas políticas afirmativas, aquele de induzir transformações de ordem psicológica, pedagógica e cultural, desconstruindo certos

pressupostos há muito sedimentos no imaginário coletivo de supremacia de uma raça sobre a outra, havendo subordinação dos negros sobre os demais. Assim, há verdadeiro elemento propulsor de transformações, presente no caráter de exemplaridade da qual são constituídas algumas modalidades de ações afirmativas, com inegável eficácia como agentes de transformação social (GOMES, 2007, p. 57).

Há grande importância em ressaltar tais aspectos, tendo em vista que duas características essenciais surgem das formulações acima, conforme ensinamentos de Joaquim J. Barbosa Gomes (2007, p. 57):

[...] de um lado essas políticas simbolizariam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas teriam também por meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na polis, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade.

Não há como ignorar que existem, ainda, muitos outros efeitos das ações afirmativas, como, por exemplo, eliminar “efeitos persistentes” em níveis psicológicos, culturais e comportamentais, intimamente relacionados com processos históricos de exclusão e discriminação, que tendem a se perpetuar, o que se convencionou chamar de “discriminação estrutural”; também, há a consequente implementação de “diversidade” e de uma maior “representatividade” dos grupos minoritários nas mais diversas áreas e escalas da estrutura social, seja no âmbito público ou privado, eliminando certas barreiras a que adentrem em certos setores de mando e prestígio no mercado de trabalho, bem como exerçam certas atividades estatais; por fim, tem por objetivo a criação de personalidades emblemáticas, ou seja, figuras que consistam num mecanismo institucional de criação de exemplos de mobilidade social ascendente (GOMES, 2007, p. 58).

Imprescindível que reste clara a abrangência das políticas afirmativas, para que, diante de uma simplificação exacerbada acerca dos seus elementos, tais ações proativas de concretização da igualdade não sejam subestimadas e mistificadas, afetando sua imagem perante a sociedade. É muito comum, em uma sociedade em

que os discursos de ódio imperam, que muitas pautas e projetos sejam alvos de críticas e verdadeiros ataques, principalmente por setores liberais da sociedade, por pretenderem a intervenção estatal como forma de promoção da igualdade – ou redução das desigualdades – na sociedade atual.

Além disso, há que se atentar para o fato de que as políticas de afirmação não se resumem a ações públicas que tenham por objetivo a inserção de negros em cargos, atividades, funções, ou mesmo nas universidades brasileiras. As ações afirmativas e, principalmente, as políticas de cotas são envoltas por mitos e ideias que precisam ser combatidos, a fim de que seja possível a concretização de um terreno propício à implementação de medidas realmente efetivas, consistindo este o primeiro passo para uma reestruturação social (BARBIERI; QUEIROZ, 2007, p. 682).

As cotas precisam de uma interpretação cautelosa e apurada, afinal, como políticas afirmativas que são, não consistem num fim em si mesmas, mas numa maneira de se buscar a igualdade material para os negros. A inserção do negro em certos cargos, funções, etc., *de per se*, não pode consistir na finalidade de tal política, devendo almejar algo muito maior. Se aplicada de forma desconexa com outras políticas públicas – por exemplo, melhorando o acesso a um ensino de base de qualidade, a fim de possibilitar que o negro possa competir, em condições de igualdade, com um branco -, nada mais faz que iludir a população, reforçando o mito da democracia racial.

Não se pode olvidar que as cotas trouxeram, no Brasil, um gama de oportunidades aos negros, de sorte que proporcionou ganhos imensuráveis no campo ideológico, além de entregar à sociedade, ainda que sob uma abordagem ideal, um cidadão negro que não precisará mais depender – ao menos não majoritariamente - de políticas afirmativas para a sua inclusão (MINHOTO, 2011, p. 87). Contudo, elas, por si só, não são suficientes, carecendo de articulação com outras ações para chances maiores de efetividade.

As políticas afirmativas devem ser razoáveis e combater não os efeitos dos problemas existentes na sociedade, mas suas raízes; devem ter a capacidade de transformação estrutural da sociedade, a fim de que sejam cada vez menos necessárias políticas afirmativas de busca pela igualdade material. É o que, em tese, a “Lei de Cotas” (Lei 12.711/2012) pretende ao estabelecer, no art. 7º, um prazo de 10 anos para que seja promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior. Assim, pretende-se que,

após um tempo razoável de implementação das cotas, haja uma revisão de sua aplicação para que, havendo uma evolução no tocante à exclusão e à desigualdade, as políticas possam ser revistas e readequadas, “atenuadas”.

É preciso reafirmar que algumas medidas isoladas não são capazes de ocasionar o impacto e a transformação social que se pretende, de sorte que os movimentos sociais constituem ponto imprescindível para que a democracia racial se concretize, não apenas em razão do suporte que daria em termos de implementação e manutenção de políticas afirmativas, mas que se beneficiariam dessas para impulsionar, por si próprios, as transformações desejadas, com o devido enfrentamento da questão.

Nos Estados Unidos, foi possível verificar diversas manifestações. A título de exemplo, No Oscar 2016 houve péssima repercussão com as indicações ao prêmio, marcadas pela ausência, pelo segundo ano seguido, de artista negros nas categorias de atuação, gerando grande movimentação nas redes sociais. O público prosseguiu com a campanha originada quando da divulgação dos indicados de 2015: “#OscarSoWhite” – ou seja, “#OscarMuitoBranco” (G1, 2016a, s.p.), algo que trouxe impactos para o mundo do cinema no ano seguinte, com diversa indicações de atores negros e filmes sobre a temática do racismo para a premiação.

Além disso, diante do contexto vivenciado no Estados Unidos, marcado pela violência de policiais contra negros, culminando num grande número de mortes, a população se mobilizou, com destaque para o mês de julho de 2016, marcado por dias seguidos de protestos, ocasionando, na terceira noite de ida às ruas, a prisão de quase 200 manifestantes, abrangendo Minnesota, Dallas, Nova York e Baton Rouge – Louisiana (G1, 2016b, s.p.). Tais eventos, inclusive, estão diretamente relacionados ao movimento *Black Lives Matter* (“Vida de Negros Importam”), criado em 2012, visando reascender a luta pela liberdade dos negros, almejando, também, a eliminação das mais diversas formas de discriminação que ocorrem contra estes (BLACKLIVESMATTER, s.d., s.p.).

Diante desse panorama, o relator independente das Nações Unidas, Ricardo Sunga III, que lidera grupo de trabalho da ONU para afrodescendentes, afirmou que os recentes assassinatos de negros nos Estados Unidos, causados por policiais, demonstram um alto nível de racismo estrutural e institucional no país (ONUBR, 2016, s.p.). Em suas palavras:

Os Estados Unidos estão longe de reconhecer os mesmos direitos para todos os cidadãos. As medidas existentes para endereçar crimes de racismo motivados por preconceito são insuficientes e falharam em impedir os assassinatos. [...] É hora de o governo dos EUA afirmar de maneira assertiva que vidas negras importam e evitar mais assassinatos como uma questão de prioridade nacional (ONUBR, 2016, s.p.).

Como se pode notar, o Brasil vive situação semelhante aos EUA em termos de violência contra negros, notadamente a policial, conforme foi possível verificar nos últimos anos, bem como em questão de exclusão enquanto marca social. Contudo, distancia-se do país norte-americano em termos de grandes movimentos em prol dos direitos das pessoas negras, pois, no Brasil, a violência perpetrada contra negros, inclusive pela própria polícia, dentre as muitas outras formas de racismo, raramente ganha ampla repercussão, o que demonstra o descaso e o aspecto de “normalidade” que o preconceito racial assumiu dentro da estrutura social.

Não é incomum que se ouça que a questão do racismo contra negros seja, de certa forma, “importada dos americanos”, como o são boa parte dos bem materiais e traços culturais na atual sociedade capitalista e de massas. Contudo, há, sim, uma semelhança de situações, quase intrínseca, que não pode ser olvidada nem mascarada por outros problemas estruturais que evidenciam o trágico estado de coisas marcante da sociedade brasileira. Há que se destacar que o Brasil se encontra marcado pela discriminação contra pessoas negras, tendo o agravante de se dar de forma velada e sem o necessário enfrentamento – o que resulta por agravar mais ainda a situação.

A igualdade perante a lei, ou a implementação de algumas poucas políticas afirmativas esparsas e sem qualquer articulação, visando resultados apenas aparentes e que não promovem alterações sociais profundas, não podem ser tidas como suficientes para uma parcela da população que continua sofrendo com violência, exclusão e miséria, ainda mais por um fator estritamente biológico: a cor da pele.

Remanesce, portanto, a necessidade de reconhecer o problema, buscando, através de políticas afirmativas e do movimento social, desconstruir a discriminação estrutural e institucionalizada existente no Brasil. Assim, as políticas afirmativas precisam ter um

potencial transformador, não mascarando o problema, ou tentando iludir a população – algo que, por vezes, gera mais preconceito –, mas almejando impactos diante da estrutura social e da formação do pensamento coletivo.

É preciso lembrar que enquanto houver desigualdades tão marcantes entre os membros da sociedade, ou enquanto a plena inclusão das pessoas, com o direito à voz, à participação e à vida dignidade em condições de igualdade aos demais for sonogada pela estruturas sociais que se impõem, não será possível falar em um Estado Democrático de Direito, ou sequer nos primados da justiça.

CONCLUSÃO

A discriminação racial contra os negros está longe de ser um problema superado no Brasil. Como foi possível notar, a população negra enfrenta barreira inimagináveis – e, por vezes, invisíveis – para adentrar no mercado de trabalho, alcançar uma educação de qualidade, de sorte que se deparam com inúmeros empecilhos à plena e efetiva participação social.

A discriminação racial, tal qual se vê nos dias de hoje, é algo historicamente construído e culturalmente mantido pela própria sociedade. O preconceito racial estrutural e institucional mantém-se justamente pela forma como a sociedade vislumbra o problema, na maioria das vezes distorcendo a realidade, a fim de torná-lo invisível. É o que se dá quando o dilui em outras falhas estruturais brasileiras, como, por exemplo, envolvendo a pobreza e o preconceito social; também, quando proclama uma democracia racial inexistente; ou, ainda, ao se distanciar do problema, vislumbrando-o como algo que ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos, mas não no Brasil.

Constatando-se que a questão da discriminação existe, surge a discussão acerca das igualdade formal e material, sendo seguro concluir que a primeira foi acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro, nas várias passagens da Constituição em que se pugna pela igualdade e pela não discriminação. Contudo, a igualdade material ou substancial está distante da realidade brasileira, havendo necessidade, assim, de medidas afirmativas que a viabilizem.

A partir dessas premissas, oportuno notar que muitas são as semelhanças que a questão racial norte-americana, mas há uma diferença primordial, qual seja, a participação das massas na busca

pelo embate contra essa forma de preconceito. Nesse sentido, o Brasil deve, primeiramente, reconhecer a existência da discriminação racial em suas terras, compreendendo a real dimensão do problema. Após isso, é preciso que se vislumbre a discriminação estrutural e institucional como algo construído e mantido pela própria sociedade, e que, nesse ínterim, pode ser, pela atuação desta, superada. A partir disso, necessário que se vislumbre a necessidade de atuação, de busca pela quebra de paradigmas.

Martin Luther King Jr. certa vez proferiu: “Eu tenho um sonho. O sonho de ver meus filhos julgados por sua personalidade, não pela cor de sua pele”. Os sonhos são ideais a serem alcançados, metas que trilham o mais alto que se pode imaginar, tangenciando as nuvens. E o que seria dos homens, se eles não acreditassem que podem voar? Afinal, décadas depois, o sonho remanesce: o sonho de uma legítima, concreta e real democracia racial. E basta vislumbrar na luta diária, no mais puro anseio por igualdade e justiça, no menor dos gestos que reconhece, na diferença, a dádiva da pluralidade, para que todos possam criar asas e este sonho alcançar.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BARBIERI, Carla Bertucci; QUEIROZ, José Guilherme Carneiro. Da constitucionalidade das cotas para afrodescendentes em universidades brasileiras. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela (Coords.). **Direitos humanos**: fundamento, proteção e implementação. Curitiba: Juruá, 2007.

BBC. **How young Zianna Oliphant spoke for black rights in Charlotte**. BBC, 2016. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-37499686>>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

BLACK LIVES MATTER. **About the black lives matter network**. Disponível em: <<http://blacklivesmatter.com/about/>>. Acesso em: 18 de abril de 2017.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 24 de abril de 2017.

CARSON, Clayborne (org.). **A autobiografia de Martin Luther King**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016.

CHADE, Jamil. **Racismo é estrutural e institucionalizado' no Brasil, diz a ONU**. Estadão, 2014. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,racismo-e-estrutural-e-institucionalizado-no-brasil-diz-a-onu,1559036>>. Acesso em: 19 de abril de 2017.

G1. **Oscar 2016**: atores negros estão ausentes pelo 2º ano seguido. G1, 2016a. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/oscar/2016/noticia/2016/01/oscar-nao-indica-nenhum-ator-negro-ao-pelo-segundo-ano-consecutivo.html>>. Acesso em: 18 de abril de 2017.

G1. **Terceira noite de manifestações nos EUA tem prisões em várias cidades**. São Paulo: G1, 2016b. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/terceira-noite-de-manifestacoes-nos-eua-tem-prisoas-em-varias-cidades.html>>. Acesso em: 18 de abril de 2017.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A recepção do instituto da ação afirmativa pelo direito constitucional brasileiro. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação; Unesco, 2007.

IBGE. **Pesquisa mensal de emprego**: um retrato do mercado de trabalho; retrospectiva 2003-2015, 13 anos. Rio de Janeiro: IBGE, DPE & COREN, 2016.

IPEA. Social: Temas: Renda. **Número de indivíduos extremamente pobres - Linha de Pobreza Baseada em Necessidades Calóricas**, 2014. Ipeadata, 2016a. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/Default.aspx>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

IPEA. Social: Temas: Renda. **Porcentagem mais pobre da população com renda total igual à do 1% mais rico, 2014**. Ipeadata, 2016b. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/Default.aspx>>. Acesso em: 17 de abril de 2017.

JACCOUD, Luciana; THEODORO, Mário. Raça e educação: os limites das políticas universalistas. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação; Unesco, 2007.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira (Coord.). **Anuário brasileiro de segurança pública 2016**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2016.

NOBRE, Marcos. 1988 + 30. **Novos Estudos CEBRAP** (Impresso), v. 105, p. 3-17, 2016. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/v1/contents/view/1632>>. Acesso em 29 de junho de 2018.

ONU. **Assassinatos de negros mostram racismo estrutural nos EUA, alertam relatores da ONU**. ONU, 2016a. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/assassinatos-de-negros-mostram-racismo-estrutural-nos-eua-alertam-relatores-da-onu/>>. Acesso em: 19 de abril de 2017.

ONU. *Reporty of the special rapporteur on minority issues on her mission to Brazil*. ONU, 2016. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/021/35/PDF/G1602135.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 19 de abril de 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 13, n. 2, p. 77-92, jul.-dez. 2008.

SAFATLE, Vladimir. **Só mais um esforço**. São Paulo: Três Estrelas, 2017.

SANTOS, Sales Augusto dos. Introdução. In: SANTOS, Sales Augusto dos (Org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas**. Brasília: Ministério da Educação, UNESCO, 2007, p. 15-31.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Uma proposta: a inclusão social dos negros no Brasil pela educação. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito. **Políticas públicas**: da previsibilidade a obrigatoriedade – uma análise sob o prisma do estado social de direitos. 1. ed. Birigui/SP: Boreal Editora, 2011, p. 72-91.

STREIT, Maíra. **Racismo na infância**: as marcas da exclusão. Fórum, 2013. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2013/10/11/racismo-na-infancia-as-marcas-da-exclusao-2/>>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

VIEIRA, Ana Laura. **Violência contra o negro**: problema invisível os olhos da sociedade e do estado. Monografia Científica em Direito. UENP- Universidade Estadual do Norte do Paraná. Campus de Jacarezinho. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Jacarezinho: UENP, 2016.

VIERIA JÚNIOR. Ronaldo Jorge A. Rumo ao multiculturalismo: a adoção de ações afirmativas pelo Estado brasileiro como reparação dos danos atuais sofridos pela população negra. In: SANTOS, Augusto Sales dos (org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas américas**. Brasília: Ministério da Educação; UNESCO, 2007, p. 83-104.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016**: homicídios por armas de fogo no Brasil. Rio de Janeiro: Flacso Brasil, 2016.

_____. **Mapa da violência 2015**: homicídio de mulheres no Brasil. 1. ed. Brasília/DF: Flacso Brasil, 2015.

MGF:

O DRAMA POUCO ANUNCIADO DAS MULHERES LATINAS

Olívia Costa Lima Ricarte¹

A mulher encarregada da operação dispõe de uma lâmina de barbear por menina, que as mães compraram para a ocasião. Ela puxa com os dedos, o mais possível, o minúsculo pedaço de carne e corta como se cortasse um pedaço de carne de zebu. Infelizmente, é impossível ela fazê-la com um único gesto. Ela é obrigada a serrar. (Trecho do livro “mutilada”, de Khady Koita).

200 (duzentos) milhões é o número estimativo de mulheres que passaram pelos processos variados que visam à mutilação de órgão genitais, de acordo com relatório da UNICEF concluído em 2015.

Inobstante, a previsão é de que, até 2030, mesmo com intensa campanha de conscientização e de alcance midiático, cerca de 15 milhões de adolescentes, entre 15 e 19 anos, sejam acometidas pelos danos físicos e psicológicos resultantes das práticas de circuncisão.

Diante desta assustadora previsão, as Nações Unidas incluíram dentre os objetivos da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável o comprometimento de firmar práticas que erradiquem o costume por completo. Neste diapasão, consta no item 5.3 do referido documento:

¹ Bacharel em Direito, Servidora Pública efetiva no TJRR, pós graduada em Direito Constitucional (ESDC/SP), pós graduanda em Filosofia e Direitos Humanos (PUC/PR). Graduanda em Ciências sociais pela UFRR. Diretora da Rede Internacional de Excelência Jurídica (Núcleo Brasil/Roraima). É colunista do jornal Estado de Direito.

Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas

(...)

5.3 Eliminar todas as práticas nocivas, como os casamentos prematuros, forçados e de crianças e mutilações genitais femininas

O compromisso firmado pelos membros signatários, grupo do qual o Brasil faz parte, tendo inclusive lançado uma plataforma *on line* especial para acompanhamento das ações voltadas ao cumprimento dos objetivos, conta com esforços concentrados e demanda uma noção de responsabilidade coletiva, como bem frisou a Coordenadora do Programa Conjunto para eliminar a mutilação genital, do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e do Fundo de População da ONU (UNFPA), Nafissatou Diop.

Diop (Apud MENDILUZA, 2016) destaca ainda que, porquanto indubitável violação dos direitos humanos, a prática de mutilação genital possui componentes culturais e religiosos e que o problema tem que ser tratado sobre a base da educação e do diálogo:

Não precisamos de confrontações, sabemos do aspecto cultural presente, enraizado na discriminação histórica da mulher, mas com a ajuda dos governos, a sociedade civil e as comunidades, podemos mudar a situação (Ob. Cit.)

Destarte, é irrefutável a existência do pano de fundo cultural e religioso por trás dos processos de circuncisão, mesmo quando se trata em operações feitas em homens, como é o caso da retirada do prepúcio, tradição judaica, praticada quase sempre em bebês.

Merece o friso que a prática em crianças do sexo masculino não é tão discutida (embora não recomendada por grande parte da comunidade médica), tampouco posta em questão quanto a continuidade; isto porque, talvez, seja realizada com preparo técnico e com condições suficientemente higiênicas, o que não ocorre quando falamos em MGF; o processo envolve quase sempre cerimônias lúdicas, muita dor e procedimentos rudimentares, resultando em danos irreversíveis, de natureza física e psicológica.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), reconhece e classifica 4 (quatro) técnicas de MGF, a saber: I – clitoridectomia

(remoção do clitóris); II – excisão (remoção do clitóris e dos pequenos lábios); III – infibulação (estreitamento do orifício vaginal por meio de uma membrana selante a partir do corte e aposição dos pequenos lábios e ; IV – punção, escarificação (todas as outras formas de mutilação realizada à margem de razões médicas).

Larissa Tomazoni, em artigo acerca da possibilidade de refúgio para as vítimas da MGF, explica o contexto cultural que circunda a prática, fator que dificulta não só o levantamento de dados concretos e atuais, mas também a implementação das políticas de conscientização futuras:

Em algumas culturas a MGF está associada a um ritual de passagem, é considerada necessária na correta educação de uma menina e na preparação para o casamento e para que as jovens se tornem adultas e membros responsáveis da sociedade. Considera-se também que a MGF mantém as jovens 'limpas' e belas pois a remoção das partes genitais é entendida como a eliminação das partes 'masculinas' como o clitóris, ainda, existe a crença de que a prática assegura e preserva a virgindade das meninas e mulheres, ainda, pode reprimir o desejo sexual garantindo fidelidade e prevenindo o comportamento sexual considerado desviante e imoral. (Ob Cit., et. al., p. 5)

Noutro prisma, desta vez estritamente masculino, a referida autora expõe ainda que a prática pode se embasar também no eventual aumento do prazer sexual do homem (ob cit, et. al. ,p. 6).

A Socióloga Dalila Cerejo, corroborando:

A prática assenta em mitos, como o aumento da fertilidade da mulher, facilitar a higiene da mulher, ou ser vantajosa por diminuir a infidelidade da mulher e aumentar o prazer sexual do homem. A MGF é praticada no sentido de adaptar a mulher à relação com o homem, em comunidades com uma ideologia patriarcal muito vinculada. (Ob. Cit. Apud REPORTAGEM, 2009)

De qualquer forma, a MGF está ligada umbilicalmente à aceitação social da menina/mulher, e está arraigada de tal forma que, uma vez proibida na maioria dos países fora do eixo Árabe/Africano, induzem as famílias de imigrantes a levarem as moças até as nações de origem para fazê-las passar pela cerimônia e todo o processo.

Em muitos casos, as mulheres são enviadas aos seus países de origem para realizarem o procedimento, o que somente se tornou ilegal no Reino Unido em 2003. (TOMAZONI, et. Al., 2017, p. 3)

Além disto, destacamos que embora o termo “mutilação genital” seja reconhecido pela academia e organismos políticos desde meados da década de 1970, alguns movimentos ativistas preferem utilizar a expressão “circuncisão feminina”, por respeito à propriedade cultural/religiosa da prática. Este segmento prega o fim do costume, mas por questões de direitos humanos ligados à tradição dos povos, cede por vezes ao simbolismo da concepção, desde que permitida pela pessoa a ser submetida.

Contudo, por justamente distanciar-se de uma prática inofensiva, meramente simbólica por razões óbvias, sem sequelas nem traumas (é essencial o trato físico aconteça), é que a grande maioria recusa o termo, mesmo entre os Africanos, região na qual estima-se que 80 % das mulheres são submetidas à violação física desta natureza. Neste sentido:

Hoje, a maioria das ativistas Africanas recusa o conceito de 'circuncisão feminina', em nome do respeito da integridade de seus corpos, de sua sexualidade e de sua fecundidade, pelos homens e pela comunidade. Para refutar os argumentos étnicos e identitários, colocam a ênfase, por um lado, que o controle dos corpos das mulheres existe em todas as culturas, inclusive as ocidentais e que, por outro, as mutilações não são específicas à África – elas são praticadas no Iêmen, Indonésia, Malásia e mas raramente na Índia e Paquistão. (Fatou Sow apud TOMAZONI, et. Al, 2017, p. 04)

Ademais, considerando o acesso à informação por meio da *internet*, bem como diante do impacto das políticas públicas que visam erradicar o costume, é cada vez mais raro que a moça (e até os seus pais) esteja de acordo com o processo, estando hoje a defesa da MGF presente com mais frequência nas regiões mais isoladas ou submetidas a regimes políticos cujo pano de fundo é o fanatismo religioso.

Nota-se claramente a mudança de paradigma quando da leitura de posicionamentos das mulheres pertencentes às culturas que possuem em seus ditames a MGF, quando questionadas a respeito:

Norfília Caizales não sabia que lhe faltava uma parte do corpo até alguns anos atrás. Foi uma boa mulher desde menina. Sua mãe a ensinou a moer o milho, a amassar *arepas* e a se responsabilizar pela casa, mas não a ter filhos. Com isso se deparou depois. Seu aparelho reprodutor foi sempre um mistério, não sabia o que era menstruação nem deixou que seu marido a tocasse até que, confusa, um mês depois de se casar foi ver um padre, que a confortou quando lhe disse que o contato dentro do casamento não é pecado.

(...)

Norfília Caizales não sabia também que a parte que faltava em seu corpo era o clitóris. Não sabia para que servia nem para que o tiraram. Agora, com uma lucidez deslumbrante, quase revolucionária, quer ser parteira para que nenhuma outra menina volte a passar por isso na Colômbia. (M., TOBELLA, 2015)

A queniana Keziah Bianca Oseko expôs suas experiências e qualificou de bárbara a mutilação genital.

(...)

‘O trauma que vivi me levou ao ativismo, e agora sei como me levantar e lutar pelos direitos das mulheres’ (MENDILUZA, 2016)

Assim, a mutilação feminina ocorre substancialmente na África, com maior acometimento em regiões submetidas ao totalitarismo religioso, onde se nota que política e culto seguem intrinsecamente interligados.

Neste liame de raciocínio, numa outra perspectiva analítica, percebe-se a incidência majoritária do pensamento islâmico, presente na maior parte das regiões nas quais se pratica a MGF.

Isto porque a *Shariah (xaria)*, referente ao Direito do Islã, fornece a base fundamental para o direcionamento da vida, seja no aspecto da política, economia, família e, previsível, da sexualidade. Assim, seguem os países com maioria islâmica ou dominados por grupos de origem nos primeiros lugares na lista de realização de ablação da genitália feminina.

Neste azo, de acordo com dados obtidos junto à Anistia Internacional, mais de 28 países Africanos, com maioria ou parcela de população significativamente muçulmana, praticam a MGF, a exemplo de Djibouti, com incidência de 98%, Etiópia (90%) e Eritreia (95%).

Ademais, relatório da UNICEF aponta a Somália como o país com maior número estatístico de MGF em mulheres de 15 a 49 anos, cujos apontamentos foram colhidos entre 2004 e 2015; a Somália hoje conta com uma taxa de 98% de seu povo convertido ao islamismo sunita.

Contudo, é importante frisar que o costume não está literalmente escrito em textos considerados sagrados e, não obstante, também está presente em regiões tribais, onde se verifica nichos sociais pagãos e até mesmo em países com maioria cristã e, cerne do tema ora tratado, também fora do eixo Árabe-Africano.

A lei islâmica, conhecida como sharia é baseado especialmente no Alcorão, que segundo os islamitas contém proclamações do próprio Deus ao profeta Maomé não diz nada de suporte em apoio à circuncisão feminina.

(...)

Na igreja Copta, uma das igrejas mais antiga do cristianismo fundada segundo a tradição pelo apóstolo Marcos no Egito em meados do I século d.C. há prática da circuncisão feminina, porém sem bases na doutrina teológica.

(...)

É uma prática de diversas culturas em todos os continentes, e utilizada em diversos países da África, da Ásia, ente populações de imigrantes africanos na Europa. (REPORTAGEM, 2009).

Neste sentido, destacam Larissa Tomazoni, que possui diversos textos publicados sobre o tema, e o Skeik Davis Munir, que participa de eventos nos quais se discute o fim da prática, respectivamente:

A prática encontra respaldo nas crenças religiosas, seja por cristãos, muçulmanos e judeus. Apesar de não estar escrito em nenhum dos textos sagrados, o posicionamento dos líderes religiosos é variado. (TOMAZONI, et. Al., 2017, p. 9)

Na teologia do Islão não vemos nada desse género. Nem o profeta disse às pessoas para o fazerem (MUNIR, in made for minds, 2015)

Assim, em que pese ocorrer com maior frequência no continente Africano e, com menor incidência, no seio da parcela oriental do planeta, como regiões do eixo Árabe, Índia e Paquistão, tem-se registros ocasionais, mas não menos importantes de destaque, em países cuja tradição cultural e religiosa não serviria como justificativa para a MGF. É o caso, por exemplo, de Portugal, que registrou 80 casos de mutilação entre 2016 e 2017. Há, no entanto, o censo geral de mais de 6 mil casos documentados no

mais, o que levou à promulgação de Lei que criminaliza a prática no País, de nº 86/2015.

Destes 80 casos, a esmagadora maioria era proveniente de parcela migratórias. Senão, vejamos:

Eram provenientes, na esmagadora maioria, da Guiné-Bissau (53), seguindo-se, em termos de representatividade, a Guiné-Conacri (20), a Eritreia (2), o Senegal (2), e a Nigéria, a Gâmbia e o Egito, cada um com 1 caso registado, de acordo com a informação recolhida. (REPORTAGEM, 2018)

Mais de seis mil mulheres, com mais de 15 anos, residentes em Portugal, foram submetidas a alguma forma de Mutilação Genital Feminina (MGF), indica o primeiro estudo no país sobre prevalência da MGF em território nacional.

Destas 6576 mulheres, a maioria - 5974 - pertence à comunidade imigrante da Guiné-Bissau, a que tem maior representação em território nacional, disse à agência Lusa Dalila Cerejo, uma das coordenadoras do estudo. (RELATÓRIO, 2015)

No Egito, a prática ocorre tanto em segmentos muçulmanos quanto cristãos, que perfazem cerca de 10 % da população:

A mutilação genital atinge acima de tudo a África e, em menor escala, o Oriente Médio. Os países africanos onde há este costume englobam tanto os da África Árabe, como o Egito, como os da África Subsahariana. Há tanto nações muçulmanas, como a Líbia, como países majoritariamente cristãos, como a Eritreia e a Etiópia. Há países islâmicos onde não existe a prática, como a Bósnia, e cristãos, como o Brasil.

O Egito, inclusive, é o exemplo claro de que a mutilação genital não é religiosa nem tribal. Afinal, tanto muçulmanos como cristãos egípcios (10% da população) a praticam e o país, apesar de tribal no interior, possui duas megalópoles – Cairo e Alexandria – sendo relativamente urbano. Calcula-se que nove em cada dez mulheres egípcias foram mutilada. O número caiu nas que possuem até 25 anos para 80%, o que é um avanço, embora medíocre.

Anos atrás, o Egito proibiu por lei a mutilação genital. O Grand Mufti egípcio, maior autoridade muçulmana egípcia, publicou uma fatwa em 2007 dizendo que a mutilação genital feminina é proibida pelo islamismo. Ainda assim, a prática não foi eliminada e raramente a lei é implementada. (CHACRA, -)

Ademais, também há ocorrências noticiadas nos Estados Unidos e no Reino Unido:

Na América do Norte os puritanos praticaram a mutilação como respostas médicas a masturbação das mulheres. O Dr. AJ Bloco de New Orleans, em um artigo intitulado "Sexual Perversion in the Female" (1894) cita um de seus casos, e descreveu como uma estudante de quatorze anos que sofria de nervosismo e palidez tinha sido curada por "liberar o clitóris de suas adesões" e se livrou da lepra moral. Em 1866, um jornal médico americano discutindo o trabalho de um médico britânico, Dr. Isaac Brown Baker, que afirmou ter sucesso no tratamento de epilepsia e outras perturbações do sistema nervoso em pacientes do sexo feminino por excisão do clitóris. Depois de notar que a grande massa da opinião médica inglesa foi de forte oposição às ideias de Baker e "irrestritamente condenou" o seu funcionamento. O editor americano concordou com a profissão médica Inglês, declarando que a retirar do clitóris é "para acalmar a irritabilidade sexual é tão filosófico como a retirar o órgão análogo do macho". Entre outros artigos médicos defendiam nos U.S.A a extirpação do clitóris para curar o lesbianismo e mulheres ninfomaniacas. (REPORTAGEM, 2009)

Devido aos fluxos de imigração, existem registros de mutilação genital em alguns países da Europa, da América do Norte e da Austrália. A prática da mutilação feminina é considerada crime nos países da União Europeia. No Reino Unido, a prática é criminalizada desde 1985, o que não foi suficiente para evitar que, aproximadamente, 137 mil mulheres residentes no país tenham sido submetidas aos procedimento. (TOMAZONI, et. Al, 2017, p. 3)

Contudo, ainda que fora do contexto social predominante, mesmo quando a MGF é praticada à exceção dos países que ocupam os primeiros lugares no ranking de realização de ablação de genitálias de mulheres, é possível estabelecer a conexão cultural/religiosa, pois a estratificação social acometida pelas estatísticas denotam que o processo envolve o nicho de descendentes e imigrantes provenientes destes.

Noutro giro, é na América Latina que encontramos um cenário que destoa totalmente do sincretismo religioso e cultural no qual se insere a maior parte das mulheres submetidas à MGF. Sim, a ablação genital com fins alheios aos de indicação médica está presente nas entranhas de tribos nativas do continente Americano, e não guardam relação íntima ou direta com a acepção histórico-cultural-religiosa Árabe, Oriental e Africana.

Na região de Ucayali, no Peru, onde o índice de pobreza alcança os 70,5%, de acordo com dados obtidos no *website* do governo da província, habitam os Shipibo-Conibo, tribo nativa que pratica a mutilação genital feminina em seus membros ainda adolescentes, quando atingem a puberdade, geralmente após a menarca (primeira menstruação), sob a justificativa de que, se não retirar o clitóris a tempo, crescerá na menina um pênis primitivo e assim ela não será considerada uma mulher por completo. A não ablação incidiria num processo de discriminação social da moça diante do seu nicho social, afetando a sua convivência e aceitação.

Eles abordam outras justificativas muito interessantes como: *'se não tirasse cresceria um pênis ali'*; *'se não todas as suas inimigas caçoariam dela'*; *'ela seria discriminada'*; *'a verdadeira mulher não tem'*. (REPORTAGEM, 2009)

Também há registros da AGF na Amazônia Peruana pelos Shipibos, consta que abandonaram a prática, mas alguns pesquisadores acreditam que em comunidades mais isoladas ainda seja praticada.

O povo Shipibo provém da integração de três povos diferentes: os shipibos, os konibos e os shetebos. Os shipibos habitam a região do médio Ucayali, que conta aproximadamente com 79 comunidades nativas, e constituem o terceiro povo mais numeroso da Amazônia Peruana, com cerca de 30 mil membros, ficando atrás apenas dos ashaninkas e aguarunas.

(...)

Há aproximadamente 40 anos se realizava a mutilação genital feminina durante uma festa tradicional shipiba denominada *ani sheati*. Esta festa incluía vários componentes e ritos que afirmavam as alianças entre as famílias.

(...)

A festividade do *Anishati* ou *Ani Sheati* é um ritual de puberdade na qual acontece a remoção do clitóris das jovens com uma faca de bambu para que elas possam ficar aptas ao casamento. (TOMAZONI, L.; BOTH, L. pp. 18-19)

LONDOÑO (2010), destaca que, além das razões sociais acima delineadas, há outras ocorrências na América Latina, que se fundam em razões até mesmo estéticas, o que denota uma reflexão profunda em termos de tradição dos povos:

Entre indígenas Suramericanos, los shipiboconibo práctica de pulimiento de cuerpos innatamente imperfectos, femeninos e incluso humanos. La circuncisión se reservaba y servientes (Morin, F. Y saladin. D., 2007). En Colombia, circuncisión femenina entre los

embera-chamí, para quienes del individuo (La tarde, 2009). Entre los cashinahua del pigmentado de los labios menores, por razones estéticas. (Ob. cit., como no original)

Em reportagem da rede BBC, verificou-se que há relatos de casos de ocorrência de MGF por todo o território da América Latina, mesmo que de forma incidental e isolada, considerando o montante de 3 milhões de meninas a passarem pela prática todos os anos no mundo, conforme estimativa das Nações Unidas:

Na América Latina, há registros informais da prática da mutilação em grupos indígenas- e alguns de ascendência africana - de Brasil e Equador até o México, ainda que se acredite que na maioria deles ela tenha sido erradicada ou desaparecido. (REPORTAGEM, 2016)

A Organização Anistia Internacional, em relatório sobre a MGF de 2009, destaca o Peru como país de incidência da prática onde não há dados concretos, embora a existência esteja confirmada informalmente:

A MGF também é praticada em grupos indígenas na América Central e do Sul, como por exemplo no Peru, mas existe pouca informação acerca deles (RELATÓRIO, 2009, p. 3)

Há pouca informação também acerca dos Cashinahua (*kaxinawa*), povo indígena que se divide entre os rios Curanja (Peru) e Alto Purús (Brasil). Com uma população total de 2.419 nativos, embora não oficialmente registrado, há registros acadêmicos de realização de MGF entre seus membros. Neste sentido, LONDOÑO (2010), conforme anteriormente citado.

Contudo, em que pese a ablação ocorrer em todo o território Latino Americano, da fronteira do Brasil com o Peru até os Estados Unidos, como já destacado, é na Colômbia que encontramos, com a devida *venia* ao trocadilho, a *ferida* mais exposta da região, relacionada à prática.

Há, embora isolados, relatos da prática na comunidade que habita o Vale de Cauca, denominada tribo Nasa. Uma anciã da referida tribo admitiu o costume, quando indagada:

Era um encontro para falar sobre a mutilação entre os emberá, que contou com vários homens e mulheres dessa e de outras tribos indígenas, assim como representantes do Estado e da ONU.

Mas algo particular aconteceu nesse evento. Em uma das últimas palestras do dia, uma anciã de outra tribo, Blanca Lucila Andrade, deixou todos perplexos ao admitir que não somente ela havia sido submetida à mutilação genital, como que também tinha realizado o procedimento, como parteira tradicional, com suas quatro filhas e netas.

Blanca não é emberá, mas da tribo nasa, do Estado do Cauca. Basicamente, ela acabava de derrubar a teoria de que a prática havia sido erradicada entre os nasa. E falava com um espírito de resistência. Ela conversou comigo depois da apresentação. Uma mulher pequena e forte, elegante em seus trajes e chapéu tradicionais.

'Agora quando uma família me diz que quer que eu faça, eu faço; mas se me dizem eu não quero, não faço. É uma coisa rara, mas nunca sangram quando eu faço'.

Ela já tinha sido advertida de que se trata de um procedimento nocivo, o que a deixou 'surpresa'.

Claramente, a prática não acabou, nem entre os nasa, nem entre os emberá. (REPORTAGEM, 2016).

Nesta persecução, contudo, é no seio da tribo Emberá-Chamí que se tem registrado o maior número de acometimentos de mutilações genitais femininas. A comunidade indígena, situada em sua maior parte no Oeste colombiano, em regiões remotas como os Vales de Cauca e Chocó e no alto do rio Sinú, mas que possui ramificações até o território Panamenho e também no Equador, perpetra a MGF em suas meninas, em rituais rudimentares e tem inclusive sido alvo de discussão em sede de saúde pública.

Em depoimento à reportagem da BBC, Irene Guasiruma, anciã da comunidade Emberá localizada em Wasiruma (Vale de Cauca), relata que a prática (atualmente ilegal pela legislação Colombiana) era comum em sua comunidade e realizada em recém-nascidos:

Anteriormente, quando nasciam, amarravam as perninhas, compravam uma gilete... as meninas nascem com uma coisinha assim (e com as mãos representa a vulva e com um dedo o clitóris), então cortavam

isso. Hoje em dia não se pode fazer isso porque dá cadeia (REPORTAGEM, 2016).

Ainda na matéria jornalística retro, constam outros depoimentos acerca do processo de ablação realizado pelos emberás:

Dizem que eles fazem com uma tesoura ou uma gilete ou o queimam com uma colher - a esquentam no fogo e vão machucando para chamoscar o clitóris da menina", explica Laura sobre como é a prática na comunidade emberá (REPORTAGEM, 2016).

Algumas outras pessoas me contaram que se pode cortar apenas com a folha afiada de uma planta. Há parteiras tradicionais que dizem fazer a "cura" simplesmente colocando plantas na região da vagina. (REPORTAGEM, 2016).

O vilarejo de Irene e Laura (este último um nome fictício de membro da tribo cujo depoimento fora concedido à BBC) possui cerca de 40 famílias, ilustrando o cenário provinciano da realidade social na qual acontece a MGF. Entretanto, merece o friso que, considerando a extensão territorial e a forma de concentração do povo Emberá, espalhada por 3 países Sul Americanos, o costume tradicionalmente instituído envolve uma população estimada em 250 mil índios, motivo pelo qual o debate pode ser equiparado ao promovido além-mar, numa perspectiva similar à contextualização pagã Africana. Neste sentido:

Na América Latina, há registros informais da prática da mutilação em grupos indígenas- e alguns de ascendência africana - de Brasil e Equador até o México, ainda que se acredite que na maioria deles ela tenha sido erradicada ou desaparecido.

Mas não entre os emberá, a segunda maior tribo indígena na Colômbia - são cerca de 250 mil índios - uma nação que chega às fronteiras do país com Equador e o sul do Panamá ao norte. Por isso, a ONU está investigando a possibilidade de existirem casos também nesses países. (REPORTAGEM, 2016).

As estimativas apontam que duas em cada três meninas/mulheres Emberás sofreram mutilação, mas por se tratar de um costume íntimo da tribo e, após 2015, ser considerado crime de

feminicídio, qualquer dado colhido carecerá de congruência 100% confiável, para fins de estatísticas oficiais. Dona Irene mesmo, a anciã Emberá, admite ter sido submetida ao processo mutilatório:

Eu não tenho isso, não tenho nada, tenho limpo. Como se chama isso? (não consegue pronunciar a palavra clitóris e ri, com pudor, ao escutá-la). Isso, isso não tenho (REPORTAGEM, 2016).

Apesar de ser uma prática antiga, o tema ganhou repercussão em 2007, com a morte de 2 meninas no estado de Risaralda, localizada no centro do País. Desde então, o debate ganhou força, alcançou a seara cosmopolita e adquiriu contornos políticos, sociais, jurídicos e de saúde pública.

O caso de Risaralda também expôs a realidade cultural dos Emberás e os traumas silenciosos de suas mulheres; até então, ao serem indagadas sobre a palavra clitóris, elas desconheciam o seu significado e, ao apontar a região, a expressão uníssona era “dor”:

As mortes de duas meninas em 2007 no Estado de Risaralda (no centro do país) chamou a atenção do país para a prática da mutilação genital feminina entre os índios emberá. Desde então, as autoridades e organismos internacionais tentam conscientizar os indígenas da região. Visitaram uma comunidade em que as mulheres não tinham palavra para denominar o clitóris. Quando apontaram o local do clitóris no desenho de um corpo feminino, elas disseram: 'dor'. (REPORTAGEM, 2016).

De acordo com o historiador Victor Zuluaga (2016), há 3 versões para o costume ter se firmado entre os nativos colombianos:

Por um lado está a ideia de que se trata de uma prática ancestral da comunidade, por outro, que foi introduzida por um grupo de monjas no início do século 20 e, finalmente, que foi algo que os indígenas adaptaram dos escravos negros muçulmanos que vieram de Mali no século 18. (Ob. Cit.)

Salienta-se, na oportunidade, que tanto o referido estudioso, quanto a coordenadora da UNFPA para temas ligados à MGF,

Esmeralda Ruiz, a última explicação seria a mais plausível e, por isso, tem-se concentrado esforço no sentido de desarraigar esta tradição do povo Emberá, levando à reflexão entre nativos e restante da sociedade.

Neste diapasão, a comunidade indígena se revela por um lado aberta ao debate, estando inclusive consciente de que a prática é crime, mas reconhece que o peso da tradição ainda é muito forte e a discussão delicada:

O Conselheiro da Organização Regional Indígena do Valle del Cauca, ancião Emberá Alberto Guasirum, frisa o seguinte:

É um tema que requer muita reflexão, porque não é uma decisão fácil de tomar. Creio que não é uma decisão que das autoridades, mas da comunidade em seu conjunto e a última palavra é dos anciões. É um tema muito mais das mulheres, de como elas se sintam melhor. (REPORTAGEM, 2016).

Esmeralda Ruiz, acrescentando, diz que “se as parteiras tradicionais acreditam que é da cultura da tribo elas, não vão abandonar a prática. Mas se entendem que não é originária da cultura delas, vão dizer: 'ah então podemos deixar de fazer, não tem problema’”.

Ressalte-se que, debate cultural à parte, a Colômbia considera a prática crime de feminicídio desde 2015, com o advento da Lei nº 13104

Ademais, além das questões de cultura e mesmo jurídicas, a MGF abarca tema de relevância senão tão importante, a nosso ver até mais que estas; por serem realizadas quase sempre sob a pressão do nicho social e de forma rudimentar e de higienização precária, quando não inexistente, a ablação feminina é questão de saúde pública, ao passo que afere às mulheres e crianças a ela submetidas traumas severos, de natureza psicológica e físicas, quando não resultam no óbito, por óbvio.

As consequências físicas mais frequentes são as infecções localizadas, porque é uma região coberta e úmida, onde não se fazem curativos explica Leonardo Quinteros Suárez, do Instituto Nacional de Medicina Legal da Colômbia. (REPORTAGEM, 2016)

Estudos desenvolvidos pela OMS, através do Grupo de Estudo sobre a Mutilação Genital Feminina e Prognóstico Obstétrico comprovaram, a partir do estudo realizado com 28 mil mulheres que aquelas que sofreram mutilação genital tem os riscos e complicações durante o parto aumentados significativamente, registrou-se um maior número de cesarianas e hemorragias pós parto. Além disso, concluiu-se que a mutilação das mães tem efeitos negativos nos recém nascidos, sendo a taxa de mortalidade dos bebês durante ou após o parto mais elevado: 15% mais elevada para as mães com mutilação do tipo I, 32% para o tipo II e 55% para o tipo III.

(...)

A alteração dos tecidos genitais saudáveis sem a necessidade médica podem trazer graves consequências físicas e mental da mulher, a gravidade dos riscos psicológicos e psicossociais pode variar com extensão física da remoção do tecido com a idade e condição social. Quase todas as meninas e mulheres submetidas a mutilação genital sofre com dores e hemorragias como consequência do ato. O próprio procedimento e frequentemente após a infibulação elas tem suas pernas atadas durante vários dias par facilitar a cicatrização. Os riscos e complicações são significativamente mais graves e persistentes quanto mais extensa é a intervenção. (TOMAZONI, et. Al., 2017, pp. 7-8)

Vergonha, estresse pós traumático, perda de memória seletiva, depressão, de um lado. Comprometimento da sensibilidade sexual, das vias da uretra, risco de infecções, hemorragias, complicações no parto e até mesmo dilaceração, por outro. A lista de sequelas parece não ter fim.

A MGF não é um costume inofensivo. Causa danos físicos e psicológicos irreversíveis, podendo ainda levar à morte de raparigas de todas as idades. Esta mutilação viola o direito da jovem a desenvolver-se psico-sexualmente de um modo saudável e natural. O que também deve ser considerado são os custos do tratamento contínuo devido às complicações físicas e psicológicas. A MGF é uma ofensa grave aos direitos humanos em geral, e aos direitos da mulher e criança, em especial. Efeitos da MGF Os efeitos da MGF podem, como acima referido, levar à morte. Na maioria dos casos, os efeitos consistem em infecções crônicas, sangrar intermitentemente, abscessos e pequenos tumores benignos no nervo, causando desconforto e extrema dor. A infibulação pode ter efeitos mais duradouros e mais graves, incluindo: infecção crônica do tracto urinário, pedras na vesícula e uretra, danos aos rins, infecções no tracto reprodutor devido a obstruções do fluxo menstrual, infecções pélvicas, infertilidade, e tecido excessivo da cicatriz. Durante o parto, o tecido cicatrizado existente nas mulheres mutiladas pode romper. Mulheres infibuladas, que têm os lábios vaginais fechados, têm de ser cortadas para deixarem espaço para a criança nascer. Depois do parto, têm de voltar a ser fechada; para

assegurar o prazer dos maridos. Efeitos sobre a sexualidade A MGF pode tornar a primeira relação sexual da mulher muito dolorosa, sendo mesmo perigosa no caso da mulher sofrer um corte aberto. Em certos casos, as relações sexuais das mulheres continuam dolorosas ao longo da vida.

(...)

Os efeitos psicológicos da MGF são mais difíceis de investigar do que os efeitos físicos. Alguns destes efeitos incluem ansiedade, terror, humilhação e traição, todos dos quais terão possíveis efeitos de longa duração (Anistia Internacional, 2009)

Neste sentido, oportuna é a transcrição de como são feitas as cerimônias, de modo a conjecturar o porquê de suas consequências tão devastadoras:

- 'Vou te contar uma história das margens do rio Garrapatas'

A história começa com o nascimento de uma menina, o oitavo bebê de uma mãe da mesma localidade em que vive Laura, uma indígena da tribo emberá, da Colômbia.

-'Ela viu o que faziam as parteiras' (...) 'E não quis ficar de bobeira entre elas, por isso fez sozinha: cortou com uma tesoura o clitóris do bebê, o atravessando inteiro, e começou a jorrar sangue'.

(...) no desespero, a mulher não contou ao esposo o que tinha feito, mas disse que a pequena havia nascido doente.

-'Coisa de espíritos', disse.

Eles caminharam dois dias para tentar curá-la no cânion do Garrapatas, no limite dos Estados de Valle del Cauca e Chocó, no oeste colombiano, uma zona remota e de difícil acesso. Mas não tiveram como salvar a criança.

- 'A bebezinha morreu assim, jorrando sangue, com hemorragia.'. (REPORTAGEM, 2016)

As parteiras prestam especial atenção ao clitóris das meninas: 'se sobressaía dos lábios maiores, era cortado pela parteira, porque assim se garantia uma maturidade normal'. (...) Quanto às ferramentas, citam tesouras, lâminas de barbear... algo capaz de deixar um corte limpo que é curado, cicatrizado com uma combinação secreta de ervas (M, TOBELLA, 2015)

Duas mulheres me agarraram e me arrastaram para o quarto. Uma me segura pela cabeça e seus joelhos esmagam meus ombros com todo o peso deles para que eu não me mexa. A outra me segura pelos joelhos, com as pernas afastadas. A imobilização depende da idade da menina e, sobretudo, de sua reciprocidade. Se ela se mexe muito, porque é alta e forte, serão necessárias mais mulheres para dominá-la. Se a criança é pequena e magricela, elas são menos numerosas. A mulher encarregada da operação dispõe de uma lâmina de barbear por menina, que as mães compraram para a ocasião. Ela puxa com os

dedos, o mais possível, o minúsculo pedaço de carne e corta como se cortasse um pedaço de carne de zebu. Infelizmente, é impossível ela fazê-la com um único gesto. Ela é obrigada a serrar.

(...)

Com os olhos fechados, não quero ver, não posso ver o que esta mulher está mutilando. O sangue esguichou no rosto dela. É uma dor inexplicável, que não se parece com nenhuma outra. Como se me amarrassem as tripas. Como se houvesse um martelo no interior da minha cabeça. Em poucos minutos, não sinto mais a dor num lugar preciso, mas em todo o corpo, de repente habitado por um rato esfaimado, ou um exército de formigas. A dor está inteira, da cabeça aos pés, passando pela barriga. Eu ia desmaiar quando uma das mulheres me aspergiu água fria para lavar o sangue que havia espirrado em meu rosto, e me impediu de perder a consciência. Nesse exato momento, eu pensei que ia morrer, que estava morta.

(...)

Meu corpo foi cortado em dois. (KOITA, apud TOMAZONI, et. Al., 2017, pp. 6-7)

Diante da breve – mas assustadora - leitura dos procedimentos de mutilação, já se é possível vislumbrar a importância da implementação de políticas públicas de conscientização para não apenas coibir, mas erradicar de todo e qualquer nicho social a MGF.

Destarte, além da promulgação de Leis que penalizem criminalmente o ato, e as campanhas de esclarecimento acerca dos riscos e consequências deste, há ainda a possibilidade última e drástica, mas que pode ser considerada numa última *ratio*, que a concessão de refúgio.

O documento internacional que trata do tema, denominado Estatuto do Refugiado, data de 1951 e prevê a solicitação do benefício em casos de “fundado temor de perseguição”.

Nesta seara de persecução, por se tratar de conceito primordialmente subjetivo (temor de perseguição, e não a perseguição em concreto), e também por ter sido omissivo o documento em especificar questões de gênero, a solicitação de refúgio com base na MGF, embora possível, depende de análise não perfunctória, mas profunda e sensível à particularidades que cercam o tema.

Em explanação sobre o cabimento de solicitação de refúgio embaixada na MGF, Larissa Tomazoni:

A MGF é uma violência com base o gênero que inflige graves danos físicos e mentais e que constitui uma forma de perseguição. De acordo com a Nota de Orientação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Pedidos de Refugiados relacionados com a MGF, a esta constitui, tanto perseguição com base no gênero como perseguição específica às crianças. As reclamantes são, via de regra, as mulheres ou jovens que receiam ser perseguidas por se oporem a esta norma social. (Ob. Cit., p. 15).

A estudiosa salienta ainda que, embora a participação cultural e a liberdade religiosa estejam resguardados pelo Direito Internacional, tais manifestações se sujeitam aos Direitos Humanos.

Acrescentamos ainda, empós o aprofundamento proposto na reflexão sobre a MGF, apresentadas as suas nuances socioculturais, que o princípio da dignidade da pessoa humana, com o fortalecimento do movimento denominado transconstitucionalismo das gentes, adquiriu status de “super princípio”, devendo ser interpretado à frente e com preponderância sobre qualquer outro.

A dignidade da pessoa humana, personificada pelas meninas e mulheres submetidas a esta violação multifacetada que é MGF, deverá então nortear todos os esforços, na América Latina e no mundo, no intuito precípua de exterminar dos costumes dos povos uma tenebrosa prática que pouco ou nada tem a ver com o conceito de *sagrado*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOG. Mutilação Genital Feminina: violação do corpo da mulher. Disponível em: <http://cnnbca.blogspot.com/2009/09/mutilacao-genital-feminina-violacao-do.html>

BLOG. A mutilação feminina é praticada no Peru. In miniONU. 2018. Disponível em: <https://minionupucmg.files.wordpress.com/2017/08/peru-cdh-2018.pdf>

CHACRA, Guga. In Jornal Estadão. A mutilação genital é um problema tribal ou islâmico? Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/a-mutilacao-genital-e-um-problema-tribal-ou-islamico/>

GOVERNO DO PERU. Site oficial da província de Ucayali. Disponível em: www.regionucayali.gob.pe

KOITA, Khady. Mutilada. Ed. Rocco, 2006. Disponível em: <https://topicosorientemedio.files.wordpress.com/2011/05/khady-mutilada-pdfrev.pdf>

LEGISLAÇÃO. COLÔMBIA. Lei 13.104/2015 (Lei do feminicídio). Disponível em: indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/download/843/838

LEGISLAÇÃO. Estatuto do Refugiado. 1951. Disponível em:
<file:///F:/Estado%20de%20Direito/Mutilação%20feminina%20na%20AL/Estatuto%20do%20refugiado%201951.pdf>

LEGISLAÇÃO. ONUAgenda2030. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>

LONDOÑO, Carlos D. La circuncisión femenina, antropología y el liberalismo. *In* Revista Colombiana de Antropología – ISSN 0486-6525, vol. 46, n.2. Bogotá: julho- dez. 2010.
 Disponível em: http://www.scielo.org.co/sciELO.php?pid=S048665252010000200012&script=sci_arttext&lng=en#pie1

MENDILUZA, Valdo. ONU se compromete a erradicar mutilação genital feminina até 2030 *In* Opera mundi. 2016. Disponível em:
<http://operamundi.uol.com.br/dialogosdosul/onu-se-compromete-erradicar-mutilacao-genital-feminina-ate-2030/08032016/>

M. TOBELLA, Alba. *In* Jornal El País. As mulheres que aprenderam a defender o seu clitóris: a comunidade embera-chami luta para erradicar a mutilação genital na Colômbia. 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/13/internacional/1431519344_024402.html

PLATAFORMA AGENDA 2030. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/>

RELATORIO. Anistia Internacional – Portugal. Mutilação Genital Feminina. 2015. Disponível em:
<file:///F:/Estado%20de%20Direito/Mutilação%20feminina%20na%20AL/Relatorio%20Anistia%20internacional%20danos%20fisicos%20e%20psicologicos.pdf>

RELATÓRIO. FCT- Relatório final sobre MGF em Portugal. 2015. Disponível em:
<https://www.fct.pt/apoios/protocolos/docs/RelatorioFinalMGF2015.pdf>

RELATÓRIO. UNICEF. MGF. Disponível em: https://www.unicef.org/media/files/FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf

REPORTAGEM. BBC BRASIL. O Drama silencioso da mutilação genital feminina na Colômbia. 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-36809717>

REPORTAGEM. 80 casos de mutilação genital feminina em um ano. 2018. Disponível em: <http://www.tvi24.iol.pt/sociedade/05-02-2018/80-casos-de-mutilacao-genital-feminina-em-portugal-num-ano>

REPORTAGEM. Mais de seis mil mulheres em Portugal submetidas a Mutilação Genital Feminina. 2016. Disponível em:
<https://www.dn.pt/sociedade/interior/mais-de-seis-mil-mulheres-em-portugal-submetidas-a-mutilacao-genital-feminina-5016497.html>

TOMAZONI, Larissa; BOTH, Laura Jane Ribeiro Garbini. Mutilação genital feminina na América Latina: as mulheres embera-chami e shipibo-conibo. Disponível em :
https://www.academia.edu/36908022/MUTILA%C3%87%C3%83O_GENITAL_FE

MININA_NA_AM%3%89RICA_LATINA_AS_MULHERES_EMBERA-
CHAM%3%8D_E_SHIPIBO-
CONIBO_FEMALE_GENITAL_MUTILATION_IN_LATIN_AMERICA_WOMEN_EM
BERA-CHAM%3%8D_AND_SHIPIBO-CONIBO.

TOMAZONI, Larissa; GODINHO, Bethânia; GOMES, Eduardo Biacchi. Mutilação
Genital

FemininaeRefúgio.Disponívelem:https://www.academia.edu/36542665/Mutila%C3%A7%C3%A3o_genital_feminina_e_concess%C3%A3o_de_ref%C3%BAgio_com_base_no_g%C3%AAnero.

LA CRISIS MIGRATORIA: UNA CUESTION SOCIAL DE ESPECIAL ATENCION¹

Natalia Andrea Torres Galindo²

Jaime Cubides Cárdenas³

METODOLOGÍA

En el presente capítulo se realizó una investigación de carácter mixta⁴ con un enfoque normativo hermenéutico, y bajo una perspectiva propositiva. El plan metodológico se ha dividido en tres ejes temáticos: el primero, con el análisis de los Tratados

¹ Capítulo resultado de investigación del Proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, perteneciente a la Línea de Investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

² Auxiliar de investigación del Grupo de Investigación “Persona, Instituciones, Exigencias de Justicia”, reconocido y categorizado como Tipo A1 por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio- Jurídicas (CISJUC), adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación COLCIENCIAS, e integrante del Semillero de Investigación “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” vinculado al Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJUC) de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de derecho de la misma casa de estudios. Contacto: natorres61@ucatolica.edu.co.

³ Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magíster en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magíster en Derecho de la misma casa de estudios, Doctorando en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente asociado e Investigador Senior y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 en Convocatoria 781 de 2017 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC). Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co.

⁴ Se usó el método cualitativo y cuantitativo.

Internacionales existentes en Colombia para evidenciar los vacíos jurídicos en la protección del asilado, segundo, el estudio de la crisis migratoria venezolana en el Estado de Colombia, para demostrar la problemática social a la cual se deben tomar medidas jurídicas para proteger efectivamente los derechos de los asilados y tercero, la implementación de un nuevo Tratado Internacional en la materia con la finalidad de evitar la vulneración masiva de derechos humanos a la población migrante. Las fuentes empleadas fueron instrumentos internacionales de derechos humanos y la doctrina nacional e internacional sobre el tema.

INTRODUCCIÓN

Siempre se ha querido obtener la paz y la sana convivencia en el mundo, a lo cual, para satisfacer estos principios es necesario empezar por respetar los derechos, en tal sentido, “para dirimir conflictos de forma racional y consensuada se necesita un reconocimiento intersubjetivo, con el cual se busca proteger los derechos de los más débiles” (Galán, 2016, p.37), dicho reconocimiento intersubjetivo a lo largo de los años ha provocado la creación de los derechos humanos; un claro ejemplo es, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que se resumen en un “catálogo (...) inspirado precisamente en estos derechos⁵, (...) aprobada el 10 de Diciembre de 1948 por la Asamblea General, marcando así una nueva etapa en el Derecho internacional”. (Hakansson, 2008, p.59)

En esta Declaración se enfatizó la dignidad humana, la libertad personal, la vida y la igualdad de género, principios que, según el doctor Carvajal (2017) “han sido el resultado de un debate político de corte internacional y que llevaron (...) a los Pactos sobre los Derechos (1966)”, a ello que, los Estados parte se comprometen a respetar y garantizar estos derechos para todos los habitantes de su territorio. El compromiso de los Estados radica en que “el reconocimiento de los derechos humanos, que tienen una naturaleza participativa local e internacional implica el goce del estatus de ciudadano del mundo”. (Agudelo et al, 2015, p.134)

Posteriormente, según Agudelo et al (2016) los derechos fundamentales plasmados en documentos como la Declaración de

⁵ (Pie de página fuera de texto), está inspirado en el texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

1948 se mantenían en una declaración retórica, debido a esto, la Asamblea General pidió al Comité de Derechos Humanos preparar un proyecto de pacto, es decir adoptar un escrito que tuviera fuerza jurídica para completar y reforzar la Declaración. El objetivo del proyecto era reunir todos los derechos humanos⁶ en un mismo texto.

Sin embargo, con el proyecto se presentaron desacuerdos entre Estados, por un lado los Estados capitalistas⁷ promovían los derechos de libertad, y por otro, los Estados comunistas⁸ insistieron en los derechos económicos, sociales y culturales. Debido a estas diferencias ideológicas, según los doctrinantes Ballesteros et al (2018), la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 16 de diciembre 1966 el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, siendo de obligatorio cumplimiento para los Estados parte después de 1976, año en que entraron en vigor.

Con la firma del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el derecho al asilo adquirió fuerza vinculante, y a partir de ese momento surgieron tres corrientes, la primera, es que se trata de un derecho humano reconocido como tal a nivel mundial⁹, segundo, es reconocido como derecho humano en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos por medio de la opinión consultiva OC-25/18 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). Y, tercero, se trata de un derecho fundamental pues se encuentra reconocido en el artículo 3610 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

⁶ Los Derechos Humanos que se planeaban reunir en el proyecto de Pacto eran los económicos y civiles con especial énfasis a la igualdad de género. Los políticos, sociales y culturales.

⁷ Estados Unidos de Norteamérica a la cabeza.

⁸ La Antigua Unión Soviética. Para más información véase: Martínez, H. (2014). "Incorporación internacional de los derechos económicos, sociales y culturales y la integralidad de los derechos humanos". Revista Ratio Juris Vol. 9 N° 19 (julio-diciembre 2014) pp. 175-197. Consulta realizada el 4 de julio de 2018. Recuperado de <http://publicaciones.unaula.edu.co/index.php/ratiojuris/article/viewFile/31/77>

⁹ Quiere decir que se tiene la calidad de derecho humano para los Estados parte de este Pacto Internacional, los cuales hoy son 167, para más información véase: Council of Europe. "COMPASS: Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes". Consulta realizada el 14 de julio de 2018 Recuperado de <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>

¹⁰ Artículo 36. Se reconoce el derecho de asilo en los términos previstos en la ley.

Al respecto, se empieza a hablar del derecho al asilo, como “la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las autoridades de otro Estado o por personas o grupos de personas que hayan escapado al control de esas autoridades”. (Arletazz, 2015, p. 189)

En consecuencia, teniendo claro en que consiste dicha protección, a la fecha, este derecho ha desplegado una gran problemática social debido a las crisis internas que han experimentado algunos países latinoamericanos, “desde finales del siglo XX la migración aumentó significativamente gracias a las condiciones económicas y políticas” (Polo et al, 2018); en el caso venezolano, la crisis económica, las dinámicas sociales represoras y las políticas públicas extremistas que ha adoptado el Estado han provocado la constante emigración de sus pobladores a los países más cercanos, en búsqueda de condiciones garantistas de sus derechos y una mejor calidad de vida a la que llevaban anteriormente en su país. (Vásquez, 2015)

Pese a que los países en América Latina han normativizado desde hace mucho tiempo atrás la problemática migratoria por medio de Tratados Internacionales en búsqueda de un efectivo control a la situación de los asilados o refugiados, que para este capítulo son sinónimos, los derechos humanos siguen siendo vulnerados, a lo cual surge la siguiente pregunta de investigación ¿cuál es la mejor estrategia para proteger los derechos humanos de los inmigrantes venezolanos en la región Andina? La orientación para desarrollar este cuestionamiento tiene dos cauces, el primero corresponde en torno a la situación venezolana, debido a la preocupación de todos los colombianos que se justifica en que, gran cantidad de nacionales venezolanos que se han desplazado al interior del país están siendo excluidos por falta de oportunidades laborales, educativas y sociales. Y el segundo corresponde a que, a partir del análisis efectuado a los diferentes Tratados Internacionales ratificados por Colombia en la materia, se evidenciaran los vacíos jurídicos frente a la protección de los derechos humanos, lo cual amerita proponer alternativas que busquen su protección y solución a los vacíos existentes.

1 TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR COLOMBIA

En el presente acápite, se desarrollará el primer eje temático donde se citará los diferentes Tratados Internacionales atinentes al derecho al asilo ratificados por Colombia, pero antes de empezar, es necesario aclarar que, “Los derechos humanos responden al discurso internacional, en el cual los Estados suscriben compromisos internacionales frente a sus iguales y, bajo las condiciones del Derecho Internacional Público, cumplen con esas obligaciones.” (Torres, 2016, p. 32). Por lo tanto las obligaciones a las que se ha sujetado el Estado colombiano se encuentran:

Primero, la Convención¹¹ sobre asilo, suscrita en la VI Conferencia Panamericana de La Habana, el 20 de febrero de 1928 y ratificada por Colombia por medio de la Ley 75 de 1931, donde se establece, que

Artículo 1°. No es lícito a los Estados dar asilo en Legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, a personas acusadas o condenadas por delitos comunes, ni a desertores de tierra y mar. Las personas acusadas o condenadas por delitos comunes que se refugieren en alguno de los lugares señalados en el párrafo precedente deberán ser entregadas tan pronto como lo requiera el gobierno local. Si dichas personas se refugieren en territorio extranjero, la entrega se efectuará mediante extradición y solo en los casos y en la forma que establezcan los respectivos tratados y convenciones o la Constitución y Leyes del país de refugio.

De igual manera, aclara que, en caso de conceder el asilo a casos particulares el derecho será limitado.

Segundo, se encuentra la Convención sobre Asilo Político, ratificada por Colombia por medio de la ley 15 de 1936, donde se sustituirá el artículo 1o de la Ley 75 de 1931 por el mismo texto

¹¹ Es necesario hacer una precisión conceptual, para este capítulo, los Pactos, Convenios y Tratados Internacionales son sinónimos, pues se acepta la tesis de que estos son arreglos que de manera general buscan proteger los derechos humanos por medio de negociaciones entre Estados parte, esto quiere decir que, en principio no habría ninguna diferencia so pretexto de los nombres; este es el caso de la Naciones Unidas (2006) quienes expresan que dentro de los principales Tratados Internacionales de Derechos Humanos se encuentran los Pactos Internacionales, y los diferentes convenios.

exceptuando que si será lícito el asilo de dichas personas y deberán ser entregadas de inmediato cuando el Gobierno Local lo requiera.

Tercero, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, ratificada por la Ley 35 de 1961, en la cual por primera vez se da un concepto de refugiado¹², se establecieron las medias para su protección, imponiéndoles deberes y aclarando los derechos de los cuales son acreedores, y de igual manera, considerando que la concesión del derecho de asilo puede resultar excesivamente onerosa para ciertos países, la solución satisfactoria de los problemas cuyo alcance y carácter internacionales han sido reconocidos por las Naciones Unidas, es por medio de la solidaridad internacional; por ello que, se reconoce el carácter social y humanitario del problema de los refugiados, y la Convención tiene por objetivo hacer cuanto le sea posible por evitar que este problema se convierta en causa de tirantez entre Estados. Sin embargo la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ha sido foco de críticas ya que “las insuficiencias que este sistema de protección de derechos recibe manifiestan la necesidad de actualizarlo atendiendo a las condiciones sociales actuales”. (Merino, 2008, p.2) Aspecto que será analizado más adelante dentro de este acápite.

Cuarto, la Convención sobre Asilo Territorial, suscrita en la X Conferencia Interamericana de Caracas en 1954 y ratificada por medio de la Ley 92 de 1962, que establece de nuevo cuándo procede el derecho al asilo, con las prerrogativas necesarias para que los Estados partes se puedan autodeterminar en algunos casos por medio de reservas.

Quinto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como su Protocolo Facultativo, aprobado por la Asamblea General

¹² Artículo 1: “Definición del término "refugiado" A. A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona: (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean, y no se considerará carente de protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea (...)"

de las Naciones Unidas, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Colombia por medio de la Ley 74 de 1968, en el cual se menciona en el artículo 13:

Artículo 13. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas. (Naciones Unidas Derechos Humanos, 1966)

Como se puede apreciar, en el Pacto solamente se reduce a decir cuando se aplica el derecho al asilo.

Sexto, se encuentra la Convención Americana Sobre Derechos Humanos¹³ ratificado por Colombia por medio de la Ley 16 de 1972, y específicamente en el artículo 22 del derecho de Circulación y de Residencia, numeral 7o, se establece que: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. En este caso, todos los países del continente de América se ven en la obligación de permitir la estadía de las personas que se encuentren en situación de persecución conforme a lo que determine la normativa interna y los convenios entre países.

Séptimo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, suscrita en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985, ratificada por medio de la Ley 409 de 1997, donde prevé en el artículo 15 sobre la aplicación del derecho al asilo que: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando proceda, ni

¹³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de sentencias, opiniones consultivas y supervisiones de cumplimiento, en su labor de garantizar y defender los derechos humanos y derechos pactados en la Convención Americana de Derechos Humanos, sanciona a los Estados parte por el incumplimiento de lo pactado. (Cubides et al, 2017)

como modificación a las obligaciones de los Estados parte en materia de extradición”.

Y octavo, se encuentra la Convención Interamericana contra el Terrorismo, ratificada por la Ley 1108 de 2006, donde se establecen las condiciones en las que se da el derecho al asilo y cuando se da su negación, exactamente:

Artículo 13. Denegación de asilo. Cada Estado Parte adoptará las medidas que corresponda, de conformidad con las disposiciones pertinentes del derecho interno e internacional, a fin de asegurar que el asilo no se otorgue a las personas respecto de las cuales haya motivos fundados para considerar que han cometido un delito establecido en los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 2¹⁴ de esta Convención.

En síntesis, los Tratados Internacionales firmados solo se reducen a establecer cuándo procede o no este derecho y solamente la Convención sobre el Estatuto de Refugiados ratificada por Colombia por medio de la Ley 35 de 1961, hace un pronunciamiento profundo a la aplicación de este derecho, elaborando un concepto,

¹⁴ (Cita fuera de texto) ARTÍCULO 2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES APLICABLES.

1. Para los propósitos de esta Convención, se entiende por “delito” aquellos establecidos en los instrumentos internacionales que se indican a continuación:

a) Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (...)

b) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (...)

c) Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (...)

d) Convención Internacional contra la toma de rehenes (...)

e) Convenio sobre la protección física de los materiales nucleares, firmado en Viena el 3 de marzo de 1980.

f) Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que prestan servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988.

g) Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (...)

h) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, hecho en Roma el 10 de marzo de 1988. *

i) Convenio Internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (...)

j) Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo (...)

imponiendo los deberes y obligaciones que tiene un refugiado y previendo otras situaciones de carácter laboral, educativo y social, pero como es claro, es un Tratado muy antiguo el cual no puede satisfacer a cabalidad las necesidades actuales por las que se vive en el país, porque el contexto histórico de cuando se firmó al actual es totalmente diferente, y una de las grandes discrepancias radica en que, al momento de su firma no había tanto flujo de personas como lo es hoy en día. En concordancia, a pesar de que Colombia ha tenido una gran preocupación por normativizar el derecho al asilo, “el cumplimiento por parte del Estado de estas obligaciones ratificadas internacionalmente, ha sido una tarea no lograda en la práctica” (Cubides et al, 2016, p. 46); De esta manera, se procede a analizar la problemática social de migración venezolana en donde se ha visto afectado el país de Colombia y en la cual se evidencia la tarea insatisfecha por parte del Estado colombiano.

2 PROBLEMÁTICA SOCIAL DE MIGRACIÓN, CASO VENEZUELA

La problemática social de migración en Venezuela radica en:

(...) las políticas reduccionistas y airadas del chavismo, especialmente del Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV) (...) la mayor crisis de migrantes en el hemisferio no está ocurriendo por culpa de la guerra o la hambruna, sino a la malversación política. Lo que empeora la situación en este caso es la obstinada adherencia del PSUV a su lucha marxista postcolonial entre la víctima colonizada y el colonizador, que ha terminado destruyendo un país que durante muchos años fue receptor de inmigrantes. (Noticias Telemundo, 2018).

Consecuentemente, esto ha provocado una crisis regional, pues los distintos países latinoamericanos, en especial Colombia, han satisfecho parcialmente esta problemática, pues, ya que al tratarse de cantidades exorbitantes de personas pasando las fronteras en búsqueda de mejores oportunidades de vida, se dificulta la tarea de poderles brindar una ayuda humanitaria completa y suficiente, así lo afirma el columnista Pérez (2018) donde:

El número de venezolanos en otros países de América del Sur se multiplicó por diez en los últimos cuatro años. Muchos cruzan a Colombia, en donde se instalan en situación precaria o abordan micros

improvisados que los llevan a Ecuador y Perú. Quienes tienen más recursos viajan a la Argentina y Chile, México, Panamá y Costa Rica. No importa lo que fueron en su vida anterior, llegan a ganarse la vida.

A partir de este grave escenario, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado emitiendo un informe en el que “exhorta a la Organización de Estados Americanos¹⁵ a reconocer a los venezolanos migrantes como refugiados, ya que su salida forzosa de Venezuela responde a la intensa crisis humanitaria que se vive en dicho país” (CNN, 2018), lo que consecuentemente provocó que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR) catalogará oficialmente a los migrantes venezolanos como refugiados (ACNUR, 2018) para que puedan obtener los beneficios laborales, educativos y de salud en los países acogedores, pero Colombia actualmente no se encuentra en total capacidad de garantizar estos derechos a los refugiados, toda vez que no cuenta con pautas normativas internacionales actualizadas y complementarias por las cuales regirse ni tampoco suficiente apoyo internacional, al respecto se sabe que:

A comienzos de febrero de 2018, Migración Colombia reportó un aumento del flujo de venezolanos que llegó a cerca de 37 mil diarios. El creciente volumen y su cada vez más precaria situación ya están provocando conflictos con la población local de frontera (...) Poco a poco, se agota la solidaridad inicial de esta población al competir por recursos escasos y un mercado laboral deprimido, que ahora tienen que compartir con los venezolanos. (Pacifista 2018)

De igual manera, Colombia aún se encuentra muy restrictiva para conceder el asilo, por ejemplo, en el caso particular de una familia venezolana:

Les informaron que como habían llegado sin pasaporte válido — documentos que el gobierno de Caracas les negó— no podían trabajar. Un funcionario colombiano sugirió que podían tratar de vender arepas en la calle, ilegalmente, mientras procesaban sus peticiones de asilo. Anteriormente este mes, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas

¹⁵ (pie de página fuera de texto) En adelante OEA.

para los Refugiados (ACNUR)¹⁶ pidió a la región que tomara en cuenta a los venezolanos necesitados de protección humanitaria y pidió no expulsarlos y que les dieran autorización para trabajar. (Wyss, 2018)

A este punto es donde surgen las siguientes afirmaciones, primero, los venezolanos ya tienen la calidad de refugiados pero en algunos casos les es difícil gozar del derecho al asilo, segundo, los recursos para asistirlos en la mitad de los casos resultan precarios e insuficientes y tercero, el ACNUR habla de la no devolución de personas, pese a su prohibición, como se explicara más adelante, lo cual suscita a que Colombia está infringiendo esta restricción. Estas afirmaciones resultan ser los principales vacíos jurídicos en el tema para ejercer el derecho humano al asilo.

Empero, Colombia cuenta con una alta gama de Tratados Internacionales que ratifican el derecho humano al asilo, es evidente que se quedan cortos a la situación migratoria, ya que ostentan los vacíos jurídicos mencionados y por su antigüedad, no favorecen ni satisfacen las necesidades de las personas vulneradas por la actual crisis regional, por tal motivo, se da desarrollo al siguiente acápite, que tiene el objetivo de proponer alternativas para la mitigación de la crisis migratoria y de esta manera evitar un escenario trágico por la posible vulneración masiva de derechos humanos a partir de la negación al derecho al asilo.

3 CRISIS MIGRATORIA: ALTERNATIVAS PARA SU MITIGACIÓN

En el presente eje temático se desarrollará la propuesta de acoger un Tratado Internacional capaz de complementar la condición de los asilados o refugiados que actualmente presentan dificultades por los vacíos jurídicos en la institución del asilo.

De tal forma, los puntos que deben ser tratados en el Tratado Internacional que se plantea, son:

¹⁶ Órgano subsidiario con el mandato de proporcionar protección internacional a los refugiados en el mundo, además de asistir a los gobiernos y organizaciones privadas en la búsqueda de soluciones permanentes a la situación de los refugiados. Para más información véase: Rea (2016). Retos actuales en la implementación de la ley sobre refugiados y protección complementaria en México: identificación, admisión y acceso al procedimiento de Asilo. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402744477011>.

1. Otorgar formas complementarias de protección: en este punto se debe evitar la consecuencia que deviene a partir del rechazo a la solicitud de asilo o del estatus de refugiado, la cual es, la devolución indirecta de las personas, pues si bien es cierto existen convenios, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que establece “Ningún país que se haya adherido a la Convención podrá negarse a acoger refugiados ni a devolverles a su país de procedencia cuando esto suponga un peligro para su vida” (ACNUR, s.f), los Estados niegan el ingreso de personas migrantes o incluso no les expiden licencias de trabajo temporales lo que les provoca inmediatamente que se devuelvan a su país de origen y se les mantenga su estado de vulnerabilidad. Por esto, siguiendo las recomendaciones hechas por el Comité Ejecutivo del ACNUR es necesario que se pacte que los Estados interpretarán los criterios para el reconocimiento de la condición de refugiado de la Convención y/o su Protocolo de 1967 y otorgaran formas complementarias de protección a las personas que no cumplen con dichos requerimientos (ACNUR, 2006), como por ejemplo prestarles atención humanitaria temporal, la cual consiste en “garantizar la subsistencia inmediata, (...) frenar la descomposición del tejido económico y social, y sentar las bases para la rehabilitación y la recuperación temprana” (Gaitán, 2016, pp. 158-159), de los derechos humanos vulnerados a causa del rechazo.

2. Se debe extender el concepto de refugiado o asilado: ya se ha citado anteriormente como los diferentes Tratados Internacionales en Colombia han definido el concepto de refugiado o asilado, sin embargo es procedente ampliar su definición para evidenciar que este es un derecho muy restrictivo, por ejemplo, citando el artículo 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) se indica que:

Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

Como de igual manera se encuentra establecido en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) que:

1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Y finalmente, la persona refugiada puede:

Buscar protección fuera de su país de origen o de residencia habitual y disfrutar de ella en caso de huir de un conflicto que pone su vida en peligro y tener fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a un determinado grupo social. La persecución por motivos de género, incluida aquella motivada por la preferencia sexual y la identidad de género, están incluidas en las causas de persecución que reconoce este derecho. (Comisión Española de Ayuda al refugiado, s. f)

Por lo tanto, se aconseja que se debe extender en América Latina la protección que los instrumentos internacionales e interamericanos otorgan a refugiados, a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjera, violación masiva de los derechos humanos, entre otras causales, por ejemplo, el doctor Ferrajoli habla que, el derecho al asilo “tradicionalmente ha estado reservado siempre solo a los refugiados por persecuciones políticas, raciales o religiosas, y no para los refugiados por lesiones del derecho a la subsistencia” (Como se cita en Agudelo et al, 2017, p.22). Caso claramente evidente por el que pasan la población venezolana en estos momentos, ya que ellos huyen de su país en búsqueda de supervivencia.

De igual manera, teniendo en cuenta que, a veces no es tan fácil adquirir dicho estatus porque los migrantes no cumplen con las condiciones taxativas impuestas en los diferentes Tratados Internacionales, o incluso mientras se le da el reconocimiento se puede estar peligrando sus derechos humanos como la vida, la alimentación, el alojamiento y la salud, por lo tanto se debe replantear el marco de protección, todo con el fin de evitar la extinción de derechos y generar una estabilidad temporal mientras se les define su situación.

3. Apoyo económico: se deben realizar estrategias de apoyo económico entre los Estados parte, por ejemplo,

Del millón de venezolanos que han cruzado la frontera con Colombia 660.000 se han quedado en el país, de acuerdo con los datos proporcionados por el Gobierno colombiano. El plan para financiar la ayuda alimentaria con carácter de urgencia para 350.000 migrantes en Colombia asciende a 46 millones de dólares. El operativo, de ocho meses de duración, incluye la distribución de tarjetas para comprar comida con un valor de 35 dólares por persona y mes. (Programa Mundial de Alimentos como se cita en Noticias ONU, 2018)

Es evidente que el presupuesto para asumir esta responsabilidad es elevado y no justifica que sea una causal para evitar brindar ayudas humanitarias. Y aunque existe la posibilidad de que el ACNUR ayude a reasentar a los refugiados en un tercer país, si no se pueden integrar en el país de asilo porque este no acepta la solicitud de refugiado, o que no se da la repatriación¹⁷ voluntaria (ACNUR, s.f.), es imperioso que se cuente con medidas más eficientes para no retardar el asentamiento de la persona en un Estado, pues las necesidades se deben satisfacer de manera inmediata. Se propone que se tengan protocolos para atender efectivamente la situación de cada persona que ingresa al país, y de igual manera, es importante contar con respaldos financieros, para que tampoco se vean afectados los ciudadanos de los Estados acogedores, y así mantener y fortalecer la economía. De esta manera, es trascendental estudiar la capacidad económica del país lo cual permitiría enfatizar la solidaridad internacional.

4. Sistematización y perfeccionamiento de criterios y principios: en la creación de un Tratado Internacional se debe promover la sistematización de los principios y criterios contenidos en cada uno de los Tratados Internacionales ya firmados anteriormente, con miras al perfeccionamiento de su aplicación, a la formulación de normas que sean posteriormente adoptadas por el ordenamiento interno de los Estados parte, y al fomento del uso de las reservas, justificadas en el contexto social en el que se encuentra cada uno de los países firmantes. Para obtener este resultado, como explica el Coloquio de la Universidad Nacional Autónoma de México (1982) es relevante la participación y cooperación institucional de los órganos competentes de la OEA y el ACNUR, para fijar las medidas necesarias actuales de protección a los migrantes, toda vez que estos son los expertos en la materia.

¹⁷ Regresar al país de su procedencia.

Finalmente, el objetivo de este Tratado Internacional sería, mitigar las consecuencias generadas por la migración, optando por brindar las ayudas humanitarias pertinentes como formas complementarias de protección, extender el concepto de refugiado o asilado, propugnar por un apoyo económico entre los Estados de la región y obtener la sistematización y el perfeccionamiento de los criterios y principios ya contenidos en los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, para que, a mediano o largo plazo, los refugiados puedan regresar a su lugar de origen voluntariamente o puedan asentarse en el país de acogida de manera efectiva adquiriendo la calidad de nacionales.

CONCLUSIONES

La problemática social de migración ha existido desde tiempos remotos, pero se ha intensificado en los últimos años por culpa de las dinámicas económicas, sociales y políticas que se han practicado al interior de los países, un evidente ejemplo es el caso venezolano, a ello que, los únicos perjudicados han sido los ciudadanos que se ven en la obligación de irse en búsqueda de nuevos Gobiernos que les ayude a proteger sus derechos y continuar con una vida más digna.

Sin embargo, este problema no ha sido producto de precariedad normativa, ya que como se aprecia a lo largo del capítulo, se encuentra una alta escala de Tratados Internacionales que propician la garantía y respeto a los derechos humanos, el inconveniente está en que muchas de estas normas pierden validez jurídica y cuentan con algunos vacíos jurídicos resumidos en, primero, a pesar de que los migrantes cuenten con la calidad de refugiados los Estados en muchos casos no les otorgan asilo, segundo, los recursos para asistirlos en la mitad de los casos resultan precarios e insuficientes y tercero, el ACNUR habla de la no devolución de personas, pero esta medida está siendo infringida.

En consecuencia, dando solución a la pregunta de investigación planteada en un principio, se enfatiza en que, la mejor estrategia para proteger los derechos humanos de los migrantes venezolanos es la adopción de un Tratado Internacional sintetizado en la protección del derecho humano al asilo, el cual reviste los demás derechos humanos.

La aplicación del Tratado Internacional que se propone debe sujetarse a las dinámicas sociales y económicas de cada país y a partir de ese contexto, revisar detalladamente cómo serán las condiciones a las cuales debe sujetarse un individuo refugiado o asilado; Los aspectos que deben tenerse en cuenta son, la aplicación de medidas complementarias cuando no sea procedente la calidad de refugiado para darle una protección extra a los derechos humanos de los migrantes, apoyar la postura del doctor Ferrajoli, en que se debe extender la protección de asilado para aquellos migrantes que huyen de su país por diversos motivos a los explícitos en las normas internacionales y propugnar por la no devolución indirecta de la persona rechazada cuando no se acredite de manera literal que el solicitante salió de su país por problemas de raza, ideología, persecución, entre otras, reconociendo su situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, justificando su salida del país natal para que tenga posibilidades de poder asentarse por lo menos temporalmente en otro país y así recibir una mejor calidad de vida.

Por último, es necesario instar a la Organización de los Estados Americanos, a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, a las organizaciones no gubernamentales, y a las entidades nacionales, en que amplíen e intensifiquen su asistencia, para alcanzar el cumplimiento de las normas en materia de protección de asilados y refugiados en la región andina, prosigan su laudable labor coordinando su acción, para evitar la propagación de una vulneración masiva de derechos, así como, que participen en la creación de este Tratado Internacional para satisfacer la necesidad de los migrantes por medio de las recomendaciones que puedan realizados como expertos.

Si no se implementa este Tratado Internacional actualizado a las problemáticas que se viven con esta crisis social migratoria, se estarían vulnerando aún más los derechos humanos y se perdería credibilidad a la institución del asilo, hecho que podría resultar desastroso para próximas avalanchas migratorias.

BIBLIOGRAFÍA

ACNUR, (2018). Nota de orientación sobre el flujo de venezolanos. **La agencia de la ONU para los refugiados**, p.3, consulta realizada el 19 de junio de 2018. Recuperado de <http://www.refworld.org/es/pdfid/5aa076f74.pdf>

ACNUR. (2006). Directrices del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión del Artículo 1F de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en situaciones de afluencia masiva. **ACNUR**, febrero de 2006, p. 26, consulta realizada el 19 de junio de 2018. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7118.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2009/7118>.

ACNUR. (s.f)¿Cuáles son los derechos de los refugiados en el mundo? **La agencia de la ONU para los refugiados, Comité español**, p.7, consulta realizada el 19 de junio de 2018. Recuperado de http://recursos.eacnur.org/hubfs/Content/ACN_ebook_Derechos_refugiados.pdf?t=14

Agudelo, O., y Galán, A. (2015). Derecho injusto. Fórmula de universalización y derechos humanos. **Novum Jus**. (9. Núm. 2), p.134. Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/922/969

Agudelo, O., y Leon, J. (2017). “**Las hipocresías en torno a los derechos humanos**”. En j. Cubides, Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana. (p.22). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Agudelo, O., y Riaño, A. (2016). Ciudadanía y nación: políticas de control fronterizo e inmigración. **Novum Jus**. (10. Núm. 2). Consulta realizada el 19 de junio de 2018, Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1318/1251

Arletazz, F. (2015). Naturaleza y alcance del asilo en el sistema interamericano de Derechos Humanos. **Ius et Praxis**, (22, Núm. 1), p. 189. Consulta realizada el 19 de junio de 2018, Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19746570007>

Ballesteros, M., Garrido, P. y Muñoz, A. (2018). **El cincuentenario de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de la ONU. Libro homenaje a la profesora Ma. Esther Martínez Quinteiro**. España: Universidad de Salamanca, p. 1922.

Carvajal, M. (2017). Transformaciones del derecho y del Estado, un espacio de reflexión de Novum Jus. **Novum Jus**. (11, Núm. 2). Consulta realizada el 30 de julio de 2018 Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1512/1805

CNN (2018). Inmigración en América Latina. **CNN noticias**, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/tag/inmigracion-en-america-latina/>

Coloquio de la Universidad Nacional Autónoma de México (1982). **Asilo y protección internacional de refugiados en América Latina**. Instituto de Investigaciones Jurídicas: México, p. 228 Consulta realizada el 20 de junio de

2018. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9547.pdf?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9547>

Comisión Española de Ayuda al refugiado (s.f). **Derecho de Asilo**. CEAR, España, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de, <https://www.cear.es/derecho-de-asilo/>
Cubides, J., Castro, C., y Barreto, P. (2017). “**el plazo razonable a la luz de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**”. En J. Cubides (Ed.), Desafíos contemporáneos de la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Cubides, J., Grandas, A., y Gonzales, J. (2016) “**Constitucionalismo multinivel (cm): el nuevo paradigma en la protección de los derechos fundamentales**”. En O. Agudelo (Ed.), Perspectivas del constitucionalismo p. 46. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Gaitán, I. (2016). “**los desafíos de la asistencia humanitaria en el posacuerdo de paz en Colombia**”. En T. Vivas (Ed.), Derechos humanos, paz y posconflicto en Colombia (pp. 158-159). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Galán, A. (2016). Los derechos humanos fundamentados mediante la legitimación y la moral jurídica. **Novum Jus**. (10, Núm. 1). Consulta realizada el 30 de julio de 2018 Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatonica/index.php/Juridica/article/view/1175/1162

Hakansson, C. (2008). El impacto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en las constituciones iberoamericanas. **Revista Persona y Derecho**, pp.57-75, consulta realizada el 5 de julio de 2018. Recuperado de <http://corteidh.or.cr/tablas/r27925.pdf>

Merino, V. (2008). Derecho de asilo y género. ¿Ha evolucionado el derecho de asilo?. **Universitat de València**, (Num. 17), p. 2. Recuperado de <https://www.uv.es/CEFD/17/merino.pdf>

Naciones Unidas (2006). **Los principales tratados internacionales de derechos humanos**. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 233, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CoreTreatiessp.pdf>

Noticias Telemundo (16 de febrero de 2018). Crisis migratoria en Venezuela sacude al continente. **Noticias Telemundo**, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <http://www.telemundo.com/noticias/2018/02/16/crisis-migratoria-en-venezuela-sacude-al-continente>

Noticias ONU (4 de mayo de 2018). La crisis migratoria de Venezuela, una de las mayores de los últimos años. **Naciones Unidas**, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2018/05/1432842>

Pacifista (13 de abril de 2018). Venezolanos en Colombia: una situación que se sale de las manos. **Pacifista**, consulta realizada el 11 de junio de 2018.

Recuperado de <http://pacifista.co/venezolanos-en-colombia-crisis-opinion/>

Pérez, A. (6 de junio de 2018). La crisis migratoria de Venezuela es un desafío regional. **La Nación**, consulta realizada el 19 de junio de 2018. Recuperado de <https://www.lanacion.com.ar/2141205-la-crisis-migratoria-de-venezuela-es-un-desafio-regional>

Polo, S., Serrano, E., y Granados, L. (2017, octubre 18). Costa Rica: un reto social para los migrantes colombianos. **Novum Jus**. (12, Num.1). Consulta realizada el 30 de julio de 2018, Recuperado de http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/view/1970/1791

Rea, S. (2016). Retos actuales en la implementación de la ley sobre refugiados y protección complementaria en México: identificación, admisión y acceso al procedimiento de Asilo. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, (16). Consulta realizada el 5 de agosto de 2018 Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402744477011>

Torres, J. (2016). **La transparencia y el buen gobierno Una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales**. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Vásquez, E. (2015). Razones por las que los venezolanos deciden emigrar. **Enrique Vásquez**, reflexiones, consulta realizada el 1 de agosto de 2018. Recuperado de <https://www.enriquevasquez.org/razones-por-las-que-los-venezolanos-deciden-emigrar/>

Wyss, J. (20 de marzo de 2018). Venezolanos huyen buscando libertad, pero el asilo en Colombia se les hace difícil. **El nuevo Herald**, consulta realizada el 19 de junio de 2018. Recuperado de <https://www.elnuevoherald.com/noticias/mundo/america-latina/venezuela-es/article205947774.html>

Legislación

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. OEA, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Congreso de la República de Colombia. (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Ley 16 de 1972). Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CONVENCION%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.%20LEY%2016%20DE%201972.php>

Congreso de la República de Colombia. Convención Interamericana contra el Terrorismo. (Ley 1108 de 2006). Consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperada de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1108_2006.html

Congreso de la República de Colombia. (9 de diciembre de 1985). Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. (Ley 409 de 1997). P.7, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6493.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2008/6493>

Congreso de la República de Colombia. (0 de febrero de 1928). Convención sobre asilo, suscrita en la VI Conferencia Panamericana de La Habana. (Ley 75 de 1931). Consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1622806?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1622806?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

Congreso de la República de Colombia. Convención sobre Asilo Político. (Ley 15 de 1936). Consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1571228?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1571228?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

Congreso de la República de Colombia. (1954), Convención sobre Asilo Territorial, suscrita en la X Conferencia Interamericana de Caracas. (Ley 92 de 1962). Consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de [http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1632103?fn=document-frame.htm\\$f=templates\\$3.0](http://www.suin-juriscol.gov.co/clp/contenidos.dll/Leyes/1632103?fn=document-frame.htm$f=templates$3.0)

Congreso de la República de Colombia. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. (Ley 35 de 1961). P.25, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1867.pdf>

Congreso de la República de Colombia. (1966). Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York. (Ley 74 de 1968).

Congreso de Colombia, p.34, consulta realizada el 19 de junio de 2018. Recuperado de <http://www.refworld.org/pdfid/4b0d3ebb2.pdf>
Constitución Política de Colombia (1991), 4ta Ed.Legis

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1969). *convención americana sobre derechos humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos*. Corte Constitucional de Colombia, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/CONVENCION%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.%20LEY%2016%20DE%201972.php>

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Opinión consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la república del Ecuador*. Consulta realizada el 13 de julio de 2018. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_25_esp.pdf

Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Naciones Unidas, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Naciones Unidas de Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966*. ACNUDH, consulta realizada el 20 de junio de 2018. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

CAMINHOS À SUPERAÇÃO DA EXCLUSÃO: REFLEXÕES SOBRE O ASILO, REFÚGIO E APÁTRIDAS

Ricardo Aparecido de Souto¹

Valter Foletto Santin²

Rogério Cangussu Dantas Cachichi³

INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta uma análise a respeito da exclusão refletida nos institutos do asilo, refúgio e apátridas. Na atualidade a vulneração de direitos humanos em determinados países segue gerando crises humanitárias gravíssimas, como é o deslocamento forçado de milhões de pessoas conforme informe do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR,

¹ Advogado. Mestrando em Direito (UNIVEM). Especialista em Direito Constitucional Contemporâneo (IDCC). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Concluiu com êxito, conceito (A) o crédito em Retórica e Direito Internacional no Mestrado em Direito Internacional (USP-SP). Coordenador da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB-Londrina. Ordem dos Advogados do Brasil e estatutário da Universidade Estadual de Londrina. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional (AMJC). Membro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional (AAJC). e-mail: ricardo.soutoadvocacia@gmail.com

² Mestre e Doutor em Direito (Universidade de São Paulo - USP). Professor do programa de Mestrado em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP, Jacarezinho). Líder do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. e-mail: santin@uenp.edu.br

³ Mestrando em Direito (UNIVEM). Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL. Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR. Membro dos Grupos de Pesquisa (GT) políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP), CPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP) e Investigação acerca de sistemas formais capazes de representar as intuições temporais do português (UEL.), e-mail: rogeriocangussu@gmail.com

situações que obrigam a pessoas saírem de seus países de origem por fundados temores de perseguição, censura da liberdade de expressão, de pensamento ou ideologia, por conflito, violência ou outras circunstâncias que perturbam seriamente a ordem pública, precisando com urgência a intervenção e proteção internacional, seja como refugiado ou asilado dependendo das circunstâncias, mas que, em todo caso gera uma exclusão até mesmo no reconhecimento da condição de refugiado ou asilado e no acolhimento.

Além do refúgio e asilo, existe outro tipo de exclusão muito mais tocante, como é a de algumas pessoas que substancial e materialmente encontram-se no mundo porem permanecem completamente invisíveis para ele, como é o caso dos apátridas os quais são um reflexo da exclusão e discriminação.

Conforme a problemática brevemente explanada a finalidade do presente estudo é refletir sobre a necessidade de superação da exclusão através do trabalho conjunto para a efetivação de direitos humanos e o cumprimento de responsabilidades adquiridas nas convenções e tratados internacionais que garantem a vida, as liberdades, a dignidade e consequentemente direitos à nacionalidade e identidade decorrentes dos direitos Humanos.

Para a respectiva análise e reflexão da temática da exclusão em volta do asilo, refúgio e apátridas serão utilizados os conceitos e reflexões encontrados principalmente nos escritos de Hannah Arendt, e também de outros autores, sendo necessário a implementação de uma metodologia hermenêutica. O estudo será adiantado em quatro tópicos e uma respectiva conclusão. O primeiro tópico denominado “A Exclusão Social que Envolve o Refúgio”, o segundo, “A Exclusão Social que Envolve o Asilo”, o terceiro tópico “Os Apátridas Sinônimo de Exclusão” e o quarto denominado “Identidade, Dignidade e Pluralidade”.

1 A EXCLUSÃO SOCIAL QUE ENVOLVE O REFÚGIO

A exclusão social é a maior barreira a ser superada, até os dias de hoje enfrentam o refúgio, o asilo e apátrida, o mundo e suas constantes guerras por disputas sociais, econômicas e políticas de poderio trouxeram desde tempos imemoráveis as temidas crises humanitárias, provocando o deslocamento forçado como única opção de milhares de pessoas que atravessam as divisas de países com a

esperança de salvaguardar sua integridade física e moral, suas liberdades, dignidades e demais direitos humanos.

Embora na atualidade o desenvolvimento de direitos humanos seja maior e os Estados comprometidos na proteção dos direitos sejam mais, as crises humanitárias não hão cessado, tendendo a aumentar já seja pela fragilidade, ou inexistência de políticas públicas de direitos humanos de alguns governos somado a outros fatores como o apego ao poder, as falsas democracias com tendências ditatoriais e supressão de liberdades, o que gera um grande caos de direitos.

Como exemplo desse caos atual de direitos, segundo dados da ACNUR – organização internacional para garantia de proteção internacional a refugiados diante da grande variabilidade dos regimes políticos de países europeus (CÁRDENAS; PENAGOS, 2010, p.165) -, 68.5 milhões de pessoas encontram-se deslocadas forçadamente em todo o mundo, dentro as quais se encontra 25.4 milhões de pessoas refugiadas e 3.1 milhões de pessoas solicitantes do asilo⁴; o maior grupo de pessoas refugiadas está constituído atualmente por sírios, que fogem da violenta guerra civil em curso em seu país a qual leva 7 anos.

Em resumo, a guerra civil em Síria foi gerada como reação do governo autoritário de Bashar al-Assad ante os protestos e inconformismos que visavam reformas no governo em relação a necessidade de democracia, instituição do pluripartidarismo, mais empregos, melhores condições de vida etc., aquele inconformismo gerou a criação de vários grupos de milícias armadas em oposição ao governo, na medida que avançou o conflito foram conformados outros grupos armados extremistas e ante tanta desestabilidade, econômica, política e social um grupo extremista do Estado Islâmico invadiu Síria conquistando parte do território, ato que causou a entrada em cena de mas grupos armados compostos por curdos sírios que buscavam autodefender-se; enquanto a população civil ficou em meio daquela guerra sanguinária e sem piedade, não tendo mais opção que fugir de seu próprio país, enfrentando outro tipo de problemas como o rechaço e exclusão por parte de alguns governos e sociedades da Europa.

⁴ ACNUR. Datos básicos- anuarios estadísticos. 19 junho 2018. Disponível em: <<http://www.acnur.org/datos-basicos.html>> Acesso 21 de junho 2018.

Contudo, os refugiados não vêm apenas da Síria. Afegãos e Eritreus também deixam os respectivos países de origem tentando escapar da pobreza e violação de seus direitos humanos. Grupos vindos da Nigéria e do Kosovo fogem da pobreza e da marginalização.

Trazendo também o caso do país vizinho, Venezuela, que apresenta a maior crise migratória da história nos países sul-americanos, devido a fatores de instabilidade política, necessidades socioeconômicas, ondas de violência e insegurança, muitos desses venezuelanos lhes são designadas a condição de refugiados pela crise econômica e perseguição política. Ainda que, os governos dos países do Sul não sejam indiferentes a essa crise migratória e outorgue proteção temporal ou residência temporal ou permanente, os refugiados venezuelanos enfrentam tratamento discriminatórios, exploração laboral, sexual ou estão em situação de trabalho informal.

A exclusão encontra-se presente até na terminologia mesma da palavra refugiados, conforme manifestou Arendt (2013, p7) "Em primeiro lugar, não gostamos de ser chamados 'refugiados'. Chamamo-nos uns aos outros 'recém-chegados' ou 'imigrantes'" E, de fato, escrever a primeira pessoa do plural faz para Hannah todo o sentido:

Hannah Arendt conheceu profundamente o mundo dos apátridas e das minorias, pois carregou – entre 1933, quando fugiu da Alemanha nazista, e 1951, quando recebeu a cidadania norte-americana – a denominação de apátrida. Esses anos talvez tenham sido os mais difíceis da vida de Arendt, uma vez que, nesse período, ela passou por uma experiência de “perda do mundo” (Solidão em sentido técnico), de ausência do mundo público; mas, com certeza, foram fundamentais para a construção dos alicerces de sua teoria política e para o estabelecimento de sua sempre presente necessidade de compreender. (MÜLLER, 2010, p.56)

Em princípio, "refugiado" é denominação apropriada para aquela "pessoa obrigada a procurar refúgio devido a algum ato cometido ou por tomar alguma opinião política" (ARENDRT, 2013, p. 7), e não para fugitivos de guerra, os quais, para Arendt, seriam imigrantes comuns⁵. Teria havido uma mudança de sentido na

⁵ "Demos o nosso melhor para provar aos outros que éramos apenas imigrantes comuns." (ARENDRT, 2013, p.7).

Segunda Guerra Mundial. "O sentido do termo 'refugiado' mudou conosco. Agora 'refugiados' são aqueles de nós que chegaram à infelicidade de chegar a um novo país sem meios e tiveram que ser ajudados por comitês de refugiados." (ARENDETT, 2013, p.7, sic) E, deveras, depois do surgimento da ONU, o Estatuto dos Refugiados de 1951 definiu o termo como a pessoa temerosa de ser "perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas", e que se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode valer-se da proteção desse país, ou quem, sem nacionalidade e fora do país de residência habitual, não pode ou não quer voltar a ele (art. 1º)⁶.

Ademais, consoante escólio de Lafer, visando "estender no tempo e no espaço a tutela internacional" em favor dos refugiados (LAFER, 1988, p.158), o Protocolo Adicional de 1966 (concluído na cidade de Nova York em 31/01/1967), a que o Brasil aderiu em 07 de abril de 1972 (Decreto 70.946/72), ampliou o conceito ao omitir do parágrafo 2 da seção A do artigo 1º da Convenção as expressões restritivas: "em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951", "em consequência de tais acontecimentos"⁷.

Assim, tanto o próprio Estatuto como as atividades da ONU em prol dos refugiados "foram concebidos para resolver ou minorar

⁶ Aqui não é expletivo precisar com Cárdenas e Penagos a distinção entre deslocados forçados (também deslocados internos) e refugiados. Os primeiros, pelos mesmos motivos dos segundos (conflitos, distúrbios sociais, violações de direitos humanos etc.), são pessoas obrigadas a se deslocar dentro de seu próprio país, ou seja, buscam proteção sem atravessar a fronteira internacional. A distinção pode ser claramente visualizada a partir da definição legal de deslocado forçado na Colômbia: segundo os autores Cárdenas e Penagos, "...en Colombia se definió al desplazado forzoso como: Toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas con ocasión de cualquiera de las siguientes situaciones: Conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar drásticamente el orden público (República de Colombia, 1997)" (CÁRDENAS; PENAGOS, 2010, p.176).

⁷ Nos termos do Protocolo: "Para os efeitos do presente Protocolo, o termo refugiado deverá, exceto em relação à aplicação do parágrafo 3 deste artigo, significar qualquer pessoa que caiba na definição do artigo 1, como se fossem omitidas as palavras como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 e... e as palavras ... como resultado de tais acontecimentos, no artigo 1-A (2)."

os problemas derivados do segundo pós-guerra, cujas raízes e consequências foram objeto da análise arendtiana." (LAFER, 1988, p.158) A propósito, Lafer, acerca da noção de refugiado, sublinhou:

Neste sentido mais preciso, a qualificação de qualquer pessoa como refugiado deriva da existência de um fundado receio de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou convicções políticas. É este fundado receio de perseguição que leva a pessoa a se tornar refugiada ao se encontrar fora do país de que é nacional, impedindo-a também de pedir a proteção do seu país. (LAFER, 1988, p.158)

No Brasil, a lei que inseriu os mecanismos para a implementação do aludido Estatuto, definiu positiva (art.1º), negativamente (art.3º) e por extensão (art.2º) a noção de "refugiado". Com efeito, dispôs o art.1º da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997:

Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Por extensão, preceituou o legislador brasileiro:

Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional. (art.2º da Lei 9.474/97)

E, finalmente, a mesma legislação brasileira excluiu da definição aquelas pessoas que:

I - já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR;

II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro;

III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

IV - Sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas." (art.3º da mesma lei)

A bem da verdade, "perda" é coloração comum do "refugiado". São pessoas que perderam muito em razão da ação de Estados de exceção. Perderam "a familiaridade da vida quotidiana", perderam a ocupação, a sensação de ser útil, perderam a língua, a naturalidade das reações, gestos e sentimentos, deixaram para trás algo de mais íntimo: o próprio sentimento de pertença. Essa radical ruptura de vida é expressa por Arendt: "perdemos a nossa casa" (ARENDDT, 2013, p. 8). Diz a filósofa no texto:

Perdemos a nossa casa o que significa a familiaridade da vida quotidiana. Perdemos a nossa ocupação o que significa a confiança de que tínhamos algum uso neste mundo. Perdemos a nossa língua o que significa a naturalidade das reações, a simplicidade dos gestos, a expressão impassível dos sentimentos. Deixámos os nossos familiares nos guetos polacos e os nossos melhores amigos foram mortos em campos de concentração e tal significa a ruptura das nossas vidas privadas. (ARENDDT, 2013, p.8.)

Cumprе lembrar com Müller: estados tirânicos eliminam a esfera de ação do indivíduo, a vida pública, o contato com o outro na pluralidade; estados totalitários além disso desarticulam, esfacelando, a vida privada:

As tiranias necessitam destruir a esfera da ação, a esfera política da vida humana; a vida pública deve ser eliminada, os contatos políticos - públicos - de uns com os outros em que a pluralidade, a diversidade de opiniões é elemento imprescindível, são suprimidos, mas deixando-se intacta a esfera da vida privada. Contudo, o totalitarismo não se satisfaz apenas com a destruição da esfera política - esfera pública - da vida humana, necessita destruir, também, a esfera da vida privada(...). (MÜLLER, 2010, p.33).

Como se denota, a perda da identidade, constatada claramente nos campos de concentração, não era restrita aqueles que lá estiveram. Essa ruptura radical e violenta é capaz de vulnerar a identidade da pessoa até os fundamentos. "Não ter raízes significa não ter no mundo um lugar reconhecido e garantido pelos outros; ser supérfluo significa não pertencer ao mundo de forma alguma" (ARENDDT, 1997, p.406). Na ânsia de começar nova vida, deixando para trás quem se é, "tentávamos seguir tão próximo quanto possível todos os bons conselhos que os nossos salvadores nos transmitiram" (ARENDDT, 2013, p.8.)

Esse otimismo mascarado de vida nova encontrou na história do povo judeu, perseguido a mais não poder, o paradoxal aumento de suicídios entre os refugiados: "Há algo de errado com o otimismo. Há aqueles estranhos otimistas entre nós que, tendo feito vários discursos otimistas, vão para casa e ligam o gás ou dão uso a um arranha-céus de um modo um pouco inesperado." (ARENDDT, 2013, p.10) A desesperada e vã tentativa de integração nesse novo *ethos* e de esquecimento (aparente) do anterior culminou por transfigurar a face do refugiado, criou-se "um novo tipo de seres humanos – o tipo dos que são postos em campos de concentração pelos seus inimigos e nos campos de internamento pelos seus amigos." (ARENDDT, 2013, p.9). Celso Lafer destaca que os refugiados e apátridas se viram destituídos dos benefícios da legalidade, "com a perda da cidadania", sem se valer dos direitos humanos (LAFER, 1988, p.21

A lei brasileira garante ao refugiado os direitos do estrangeiro (Lei 9.474/97, art.22⁸), todavia, embora no Brasil à evidência se reconheça aos estrangeiros os direitos e garantias da pessoa humana, nem todos os direitos civis lhes são assegurados⁹. Afora

⁸ Diz indigitado preceito legal: "Enquanto estiver pendente o processo relativo à solicitação de refúgio, ao peticionário será aplicável a legislação sobre estrangeiros, respeitadas as disposições específicas contidas nesta Lei."

⁹ À guisa de exemplo, nos termos da Constituição brasileira de 1988, certos cargos e funções públicos são privativos de brasileiro nato: "São privativos de brasileiro nato os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas. VII - de Ministro de Estado da Defesa;" (CF, art.12, §3º) A aquisição de propriedade imobiliária é condicionada por lei: "A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional." (CF, art.190). É-lhes proscria a aquisição e de empresa de radiodifusão sonora de sons e imagens: " A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora

legais discriminações, o ponto nodal do problema é que, não sem razão, refugiados conviveram outrora e convivem ainda com o sentimento de ser em indesejados. Vários jornais noticiam a xenofobia atual na Europa; no Brasil há quem sustente o legítimo direito de cautela contra a "invasão bárbara" no continente europeu. A exclusão social dos refugiados é agravada em igual medida tanto por essa postura dos povos do país do asilo como pela própria assunção dessa condição pelos refugiados. Aliás, a situação é tão grave que, como destaca Arendt, a exclusão era proporcionada pelos próprios compatriotas dos refugiados:

Infelizmente, as coisas não pareciam melhores quando nos encontrávamos com judeus. Os judeus franceses estavam absolutamente convencidos que todos os judeus vindos para além do Reno eram o que eles chamavam Polaks – o que os judeus alemães chamavam Ostjuden. Mas esses judeus que vinham da Europa de Leste não podiam concordar com os seus irmãos franceses e chamavam-os Jaeckes. Os filhos dos judeus que odiavam os Jaeckes – a segunda geração nascida em França e já devidamente assimilados – partilhavam a opinião das classes judaicas altas. Assim, na mesma família, podia-se ser chamado Jaecke pelo pai e Polak pelo filho. (ARENDR, 2013, p.15)

A inclusão social do refugiado depende da percepção de que, "a descoberta de uma nova personalidade é tão difícil – e tão desesperançada – como uma nova criação do mundo" (ARENDR, 2013, p. 16). Políticas públicas que promovam a "assimilação" dos refugiados à cultura do país do asilo, sem respeito às idiosincrasias culturais, também acabam por promover exclusão. Arendt explica que a assimilação não seria o ajuste ao país do nascimento ou ao povo da língua falada, por ajuste amplo, "ajustamo-nos, em princípio, a qualquer coisa e a qualquer pessoa" (ARENDR, 2013, p. 17).

A gravidade da situação de exclusão social na qual se encontravam os refugiados da Segunda Guerra - e repetida hoje em vários países - foi expressa por Arendt como "A confusão desesperada dos viajantes à maneira de Ulisses que, ao contrário dos seus grandes protótipos, que não sabem quem são, é facilmente explicado pela sua perfeita mania em recusar manter a sua

e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País." (CF, art.222, caput)

identidade" (ARENDR, 2013, p. 18). Por seu turno, paradoxalmente o povo judeu logrou praticar "uma façanha sem precedentes: embora provando sempre seu não-judaísmo, tiveram mesmo assim sucesso em permanecer judeus." (ARENDR, 2013, p. 18)

Diante disso, a exclusão por discriminação constitui "a maior arma social através da qual pode-se matar um homem sem derramar sangue" (ARENDR, 2013, p. 19). Urge, pois, políticas públicas que estimulem, não a assimilação dos refugiados, senão que lhes preserve a identidade: "Os refugiados fogem de país para país representado a(s) vanguardas dos seus povos – se mantiverem a sua identidade." (ARENDR, 2013, p. 20)

De outro lado, lutar para que tal identidade não se dissipe constitui algo a ser buscado inclusive pelos povos do país de destino dos refugiados. Desconfiados e apáticos, os "salvadores" mantêm o ambiente que favorece a desintegração da identidade dos refugiados. Sobre essa apatia, Arendt consignou:

A sociedade competitiva de consumo criada pela burguesia gerou apatia, e até mesmo hostilidade, em relação à vida pública, não apenas entre as camadas sociais exploradas e excluídas da participação ativa no governo do país, mas acima de tudo entre a sua própria classe. (ARENDR, 1997, p.364)

Ao pé de todas essas considerações, anote-se em aditamento que, se o problema já no passado não se restringiu aos refugiados da Europa, no presente a situação não é diversa. Concorda-se com Lafer para quem "o problema colocado por Hannah Arendt continua, conforme se verifica, na ordem do dia, pois a existência de seres humanos sem lugar contribui para a persistência da situação em que o homem pode ser visto como supérfluo." (LAFER, 1988, p.160).

Giacoia busca aproximar a Justiça da dignidade da pessoa humana, observando que "as forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição", encarecendo a necessidade de que "o pacto social acompanhe essa renovação", por sua condição de "dínamo de um novo tempo, a atualização do contratualismo há que se ancorar na doutrina dos direitos humanos, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história sob o signo da dignidade" (GIACÓIA, 2002, p.28).

Nessa preocupação, Pozzoli salienta a necessidade de positivação de direitos ligados ao humanismo, porque os Direitos humanos “conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da história, para transformar-se em opção jurídica indeclinável” (POZZOLI, 2002, p. 81).

De forma precisa, Costa, Rogério Cachichi e Zilda Cachichi difundem a ideia da misericórdia em benefício do seu semelhante, até mesmo pela necessidade de socorro prestado pelo Estado, pois “aquele que tem fome, aquele que tem sede, aquele que está nu, aquele que está desesperado, aquele que está doente, o Estado, quando misericordioso, há de socorrer” (COSTA, CACHICHI; CACHICHI, 2016, p. 98).

Tudo isso dentro de uma postura humanitária, uma ação de misericórdia, de compaixão, inerente à própria condição humana de socorrer o necessitado, prestando-lhe o necessário não só como forma de concretização do vetor do mínimo existencial, senão também como efetivação da atividade do Estado em buscar o bem comum e auxiliar aqueles desamparados e necessitados.

No próprio trajeto entre a origem e o destino do refugiado ou migrante e na busca da preservação da sua dignidade humana e da sua segurança pessoal e patrimonial, é essencial a manutenção da sua incolumidade e higidez física e mental e do seu patrimônio, atinente ao direito à segurança pública (art. 144, da Constituição Federal), relacionado ao exercício do próprio direito da personalidade. Valter Santin anota que “o direito à segurança pública enfeixa uma gama de direitos, pela sua característica de liberdade pública e até mesmo componente do direito da personalidade, por conter relações públicas e privadas”, nas prestações estatais e no “respeito mútuo dos cidadãos à incolumidade e patrimônio alheios e na contribuição à preservação da ordem pública” (SANTIN, 2013, p.47)

A obrigação dos Estados com os refugiados deve partir do princípio de “*non refoulement*”, o qual consiste conforme Viera:

Em sua essência, o *non-refoulement* é o princípio de que um Estado não deve obrigar uma pessoa a retornar a um território onde possa estar exposta à perseguição. Dessa forma, ele é de grande importância para a proteção internacional dos direitos humanos e um componente essencial da proteção internacional dos refugiados. (VIERA.2016, p, 51)

É necessário estabelecer responsabilidades como o manifesta Cristina J. Gortázar, o *Jus cogens*, tem uma de suas fundamentações na distinção da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que em seu projeto inacabado de artigos sobre responsabilidade internacional, trata dos “crimes internacionais” como ilícitos qualificados, cujas principais consequências são de uma parte a legitimação ativa para demandar qualquer membro da comunidade internacional, e por outra, que a reparação do dano causado se soma a uma sanção especial ao transgressor. (GORTÁZAR 1996, p.361)

As crises humanitárias de deslocamento forçado só podem ser superadas com ajuda da comunidade internacional que permita uma consolidação da proteção de direitos humanos das pessoas indiferentemente de sua nacionalidade, ideologias, status social ou econômico; as esperanças depositadas nos Estados signatários dos Direitos Humanos, e liberdades são a única expectativa de vida e qualidade de vida que os refugiados têm.

2 A EXCLUSÃO SOCIAL QUE ENVOLVE O ASILO

O Asilo embora que por suas características específicas encontre-se em um numero menor de pessoas -3.1 milhões-solicitantes de asilo, não deixa de ser alarmante a quantidade e as grandes problemáticas que envolve, começando por sua concessão a qual é baseada em procedimentos burocráticos e discricionários dos Estados, sustentação no princípio da soberania, percebendo-se assim que na práxis o direito de asilo não é um direito do homem, senão um direito dos Estados; sendo que o instituto foi estabelecido como direito da pessoa humana.

Quando definimos o que é asilado político conforme Cruz (2010, p.202) obtém que é o indivíduo que busca abrigo alhures por estar sendo perseguido, em seu Estado de nacionalidade, por suas opiniões, contrarias a autoridade governamental instituída ou a grupo protegido por esta, tratando-se, portanto de uma perseguição ilegítimada, a uma pessoa em particular, por motivos ou delitos políticos.

Em comentários feitos aos escritos de Arendt, Pamplona (2009, p 22) manifesta que um governo não democrático sufoca quaisquer direitos de manifestação do homem livre, tal direito como poder direto do cidadão, ou da coletividade em fazer valer a sua opinião expressa no espaço público. “Em regimes ditatoriais é clara a

criminalização da oposição, da diversidade política, do sindicalismo, da mobilização social, ou seja, os governos não legítimos tentam transformar a liberdade uma das dimensões de democracia em crime”, ou seja, a liberdade de se manifestar livremente é vetada, sendo que a manifestação oposta ao Governo-Estado configura crime.

É por isso que para a obtenção do Asilo entre outros quesitos necessário e adequado é que o Estado concedente julgue e defina a configuração do crime como político ou não. Este se define como o ato do cidadão se manifestar de alguma forma, seja ela verbal ou escrita, conflitando com o governante ou contra o Estado, ou até mesmo contra autoridades estatais, desde que esta manifestação não se configure na tipicidade de crime comum. E por esta motivação venha a ser perseguido, ameaçado, ou se sinta no risco que ameaça a sua liberdade e vida.

Com o tratamento de que, tem a obrigação de proteger os direitos fundamentais humanos, onde segundo Canotilho, (2004 p.89) é a Constituição, os Tratados Internacionais humanitários, entre outras tutelas, tornou notória a frequência de pedidos de asilo político, refúgio, asilo territorial, diplomático devido ao processo de globalização, as instabilidades políticas, econômicas mundiais, e o avanço de direitos e garantias individuais, se popularizou o conhecimento mesmo que às vezes singelo da humanidade pelo direito ao asilo, e as garantias individuais. Cada vez mais este direito vem sendo solicitado à medida que as instabilidades principalmente na América Latina entre outros países, sufocam e eximem o direito de expressão da população, configurando como crime político toda ação contrária ao regime atual daquele país.

Neste caso as pessoas são perseguidas, presas entre outros, e muitas vezes veem o asilo como garantia de sua integridade. Desta forma ele pode ser considerado num primeiro momento como asilo diplomático, sendo resguardado em embaixadas, navios, e outros lugares dentro do seu país, apoiado por outro Estado. Num segundo momento esse asilo pode-se tornar territorial se o asilado conseguir a permissão para se asilar no Estado que concedeu o asilo. Cabe ressaltar que cada caso é julgado independentemente um do outro, e que somente o crime político dá direito ao asilo, o criminoso comum não tem a garantia dessa tutela segundo os tratados e convenções.

O problema na concessão do direito de asilo resulta na aplicabilidade do princípio da soberania, o qual é utilizado como

fundamento para a negativa de concessão do asilo o que resulta claramente excludente. Embora a tutela concernente ao pedido de asilo encontra-se consagrada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, o qual dispõe em seu artigo 14 §1º: “em caso de perseguição, toda pessoa tem direito de buscar asilo e a desfrutar dele em qualquer país”, o que implica disponibilizar mecanismos que permitam ao direito e normas positivadas alcançar sua finalidade, com a efetivação e materialização dos direitos, pois de nada serve um direito que não possa ser efetivado ou materializado por motivos discricionais dos Estados.

Quando se faz uma solicitação de asilo e este encaixa dentro daqueles requisitos preestabelecidos, o que pretende que seja tutelado, é dizer, sua pretensão envolve a urgência de proteção de outros direitos invioláveis, como o direito à vida, a dignidade humana e a liberdade, razão pela qual o que se busca é proteção internacional, já que o solicitante não pode estar ou voltar a seu país de origem por temor justificado de perseguição ou risco de sofrer maus tratos ou danos graves, como: perda da vida, perda da liberdade, da dignidade humana, maltrato físico e psicológico, tratos degradantes, tortura, entre outros; portanto os principais motivos da luta pela consagração e aceitação do instituto do asilo político no cenário internacional e depois interno, é a ampla gama de direitos protegidos através desse instituto.

No Brasil, é tutelado o direito de asilo constitucionalmente, não obstante, não será extraditado o criminoso político alegado como tal, que na tentativa de manifestar-se ou defender espaço público e a democracia está sob perseguição, ameaça ou se sentir ameaçado a sua liberdade ou a vida, precisamente no art. 5º, LII da Carta Magna brasileira. Também, no art. 4º, X da Constituição da República brasileira, reza que o Brasil rege nas suas relações internacionais pelos princípios por este adotado e, entre eles no seu inciso décimo a concessão do asilo político, não obstante, a não concessão do asilo político mesmo sob o argumento da soberania veda diretamente a democracia.

Enquanto o direito ao asilo for prerrogativa do Estado, não há de se tratar esta tutela como um direito humano, tampouco humanitário, embora esteja esta tutelada em tratados de direitos humanos. Ainda que, a Declaração Universal Dos Direitos Humanos diz que toda pessoa tem direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro em caso de perseguição desde que esta não

seja por motivação de delito de direito comum, nota-se que em princípio a declaração sustenta o direito humano ao silo político muito claro, mais que na práxis esse direito é relativizado quando este é submetido a prerrogativa de que o direito deve ser aplicado conforme a legislação de cada país, assim ficando claro o direito a proteção humana em segundo plano, e prevalecendo a autonomia estatal no primeiro plano.

Observe-se como o princípio de soberania é interpretado de forma errônea na concessão do direito de asilo, pois o Estado ao assinar acordos de caráter humanitário o faz em exercício do princípio da soberania e autonomia, assumindo adiante deveres que lhe impõe a responsabilidade de cumprimento ante a comunidade internacional, não sendo admissível que um pedido de asilo seja negado com base em interesses próprios dos Estados, quando o que se impõe é a proteção dos bens jurídico da vida e dignidade da pessoa que precisa ser asilada. Nesse sentido, lembre-se que existe uma responsabilidade dos Estados em face de outros Estados, organizações e indivíduos vulneráveis que precisam da proteção de seus direitos humanos e fundamentais, através da tutela do Asilo.

A reflexão sobre a negação do asilo, por interesses econômicos ou particulares dos Estados, permite questionar: Até quando os Estados devem ceder às pressões econômicas ou políticas em detrimentos dos Direitos humanos?

3 OS APÁTRIDAS SINÔNIMO DE EXCLUSÃO

Existe um grupo considerável de pessoas que ainda que vivem no mundo se encontram invisíveis e totalmente excluídas dele. Conforme os dados fornecidos pela ANUR¹⁰, no mundo são 10 milhões de pessoas apátridas. O que realmente significa ser apátrida? De acordo com a ACNUR¹¹ a definição jurídica internacional de um apátrida conforme explica é “uma pessoa que não é considerada nacional por Estado algum sob a vigência de sua lei”. Em termos simples, isso significa que um apátrida não possui nacionalidade de nenhum país. Algumas pessoas nascem apátridas, mas outras se tornam apátridas.

¹⁰ ACNUR. Dados básicos- anuários estatísticos. 19 junho 2018. Disponível em: < <http://www.acnur.org/datos-basicos.html> > Acesso 21 de junho 2018.

¹¹ ACNUR. Brasil. Disponível em < <http://www.acnur.org/portugues/campanhas-e-iniciativas/ibelong/Acesso> 25 de junho 2018.

As consequências de uma pessoa ter a condição de apátridas equivalem à exclusão e negação de seus direitos humanos, fundamentais e cíveis, pois a pessoas não tem identidade o que implica que se encontra impedido para aceder a direitos básicos como educação, estudo, trabalho, saúde, é como se a pessoa não existira para o mundo; a ACNUR explica que apátridas podem ocorrer por várias razões, incluindo discriminação contra grupos étnicos ou religiosos específicos, ou com base no gênero; o surgimento de novos Estados e transferências de territórios entre os Estados existentes; e lacunas nas leis de nacionalidade.

Os apátridas não só carregam com o peso da exclusão decorrente de um Estado, mas sim de toda a comunidade internacional, pois como explica Arendt:

Os apátridas estavam tão convencidos como as minorias de que a perda de direitos nacionais era idêntica à perda dos direitos humanos e que a primeira levava à segunda. Quando mais se lhes negava o direito sob o qualquer forma; mais tendiam a procurar a reintegração numa comunidade nacional, na sua própria comunidade nacional. (ARENDR. 2009, p 376)

A nacionalidade é sinônimo de reconhecimento de direitos, liberdades e dignidade humana, convertendo-se em pressuposto da condição humana. Arendt ensinava:

O surgimento da cidade-Estado significou que o homem recebera, além de sua vida privada; uma espécie de uma segunda vida, o seu bios politikos, agora cada cidadão pertence a duas ordens de existência; e há uma nítida diferença em sua vida entre aquilo que lhe é próprio (*idion*) e o que é comum (*koinon*) (ARENDR, 2015, p 29)

Os apátridas não tem uma segunda vida “o comum” o que restringe sua vida privada, a não ser cidadãos, não ter nacionalidade essas duas ordens de existência privada e comum são anuladas em decorrência a uma da outra; é por isso que as políticas públicas dos Estados devem emergir a partir da superação da inexistência e invisibilidade em que se encontram determinadas pessoas em estados totalmente marginadas. “Para começar deve partir-se por a inclusão e regulação que o mesmo termo de’ apátridas” merece

dentro dos ordenamentos jurídicos internos dos países comprometidos com a proteção dos direitos humanos.

Conforme manifesta César Sepúlveda (2006, p, 541) o deslocamento massivo de nacionais de um Estado que fogem a outro limítrofe ou perto ante a perseguição de outros homens, ou subtraindo-se da violência imperante em uma zona em busca de segurança e alívio provoca a necessidade de proteção pela comunidade internacional, e, portanto, da criação de normas e instituições internacionais aptas para conseguir essa tutela.

No Brasil, foi até o ano passado que se veio a regulamentar o procedimento para reconhecimento da apátrida com a LEI 13.445 de 2017, conhecida como a “Lei de Migração”, o que deixa ver a pouca experiência que sob o tema se tem, mais o grande avanço que se está dando na proteção de direitos humanos e reforços de políticas públicas inclusivas que atingem a comunidade internacional.

A Lei referida contempla em se artigo 26:

§ 2o Durante a tramitação do processo de reconhecimento da condição de apátrida, incidem todas as garantias e mecanismos protetivos e de facilitação da inclusão social relativos à Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, promulgada pelo Decreto no 50.215, de 28 de janeiro de 1961, e à Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997.

Ainda que com pouca experiência o Brasil mantém-se ativa na proteção dos direitos dos apátridas com ações afirmativas que buscam a inclusão social e a erradicação dessa condição, foi criado para essa finalidade o denominado “Plano de Ação do Brasil”, aprovado em dezembro do 2017 na cidade de Brasília, na qual se faz um reconhecimento das novas realidades que forçam as pessoas a fugir de seus países de origem na busca de proteção, necessidades as quais há que fazer rente com o desenho de novas estratégias que permitam a integração dos países para responder positivamente frente aos problemas e crises humanitárias que envolvem as pessoas que se encontram frente a situações de concessão do asilo ou refúgio e apátridas, garantindo-lhe seus direitos.

Essas ações positivas além de obedecer ao princípio da solidariedade demarcado dentro das relações do direito internacional,

propende por a aplicabilidade do princípio da não indiferença, que conforme manifesta Guerra (2014, p.173-180) a sociedade internacional não pode ficar inerte, desinteressada, negligente, apática, insensível e por consequência indiferente aos problemas que acontecem em termos planetários e/ou regionais envolvendo os direitos humanos. Embora seja difícil a efetivação dos direitos humanos em sua plenitude na ordem global, os resultados mais efetivos podem ser obtidos se forem coordenadas ações, dando respostas no plano internacional, partindo sempre da ideia da solidariedade e da não indiferença.

4 IDENTIDADE, DIGNIDADE E PLURALIDADE

O direito a identidade é um dos direitos da personalidade que permite o relacionamento entre indivíduo e sociedade, posto conforme expressa Bittar (2015, p.195-196) os elementos de identificação facilitam a localização da pessoa em si, da família, possibilitando a percepção de seu estado ou condição, tanto pessoal, quanto patrimonial. Do direito da identidade derivam direitos como, registro civil e a identificação pública, pois a não identificação da pessoa impossibilita a fruição de tantos outros direitos decorrentes da condição civil regular.

Se, como apregou Arendt, a "experiência de não pertencer ao mundo, que é uma das mais radicais e desesperadas experiências que o homem pode ter" (ARENDR, 1997, p. 527), então a possibilidade da perda de identidade dos refugiados; asilados e apátridas implicará violação da dignidade que lhes é inerente: "A dignidade humana transcende tudo o que o homem possa fazer ou produzir e concentra-se na construção da singularidade humana, na identidade própria de cada um, que é dada na relação com outros seres humanos igualmente capazes de ação e discurso." (MÜLLER, 2013, p.183). Assim, tolerar e nada fazer para precaver a perda dessa identidade implicará redução também na maioria política e humanitária do povo acolhedor de refugiados. A existência de singularidades é medida contrária ao ressurgimento de estados totalitários, porque, em si mesma, a individualidade representa ação política e, portanto, algum grau de liberdade: "Nos estados totalitários, a individualidade ou qualquer outra forma de distinção entre os seres humanos é inadmissível. Isso porque ao se permitir a individualidade – singularidade – permitir-se-ia a ação e com ela o poder político." (MÜLLER, 2013, p.183)

Isso porque, a base da política se situa em um fato: na pluralidade humana, que “deriva do fato de que o ser humano não está só, de que existem homens e mulheres aos quais a ação e o discurso singular de cada um se dirige”. (MÜLLER, 2010, p.71) Trata-se, por assim dizer, de condição básica da participação política (ação e discurso humanos). Não nos bastará garantir a existência física dos refugiados, Asilados e apátridas condições para manutenção de seu corpo, mas se afiguram imperiosas políticas públicas e movimentos sociais que levem adiante medidas de proteção das respectivas identidades.

Considerar a política como algo responsável exclusivamente pela preservação da humanidade implica esvaziar o próprio sentido da política (ARENDRT, 1993b, p.119). Não basta a coexistência física dos refugiados, Asilados e apátridas; é mister garantir-lhes existência de sentido moral para ser o que se é; e político para nessa exata e genuína perspectiva relacionar-se com o outro. E alerta Arendt: “Essa falta de sentido não é nenhuma aporia imaginada pelo pensamento; ela é um fato extremamente real...” (ARENDRT, 1993b, p.119) A aporia é real, porque se manifesta todas as vezes que não vislumbramos solução para importantes problemas políticos.

Mas só um milagre, na concepção de Arendt, nos livraria dessa aporia. No âmbito da política, esse milagre se manifesta no agir humano a inaugurar algo novo, daí a liberdade humana para fazê-lo. Arendt refere-se ao “dom de agir” (ARENDRT, 1993b, p.121). Note-se não se trata da liberdade de optar entre coisas existentes, mas de criar o novo, pois é peculiar ao agir “estabelecer um novo início, começar algo novo, tomar a iniciativa, ou falando como Kant, iniciar a partir de si mesmo uma cadeia.” (ARENDRT, 1993b, p.121) Por isso, podemos concluir com Muller, admitindo que “É possível reafirmar com isso a liberdade política de cada ser humano, isso é, cada um tem em si mesmo todas as possibilidades, pois, é capaz de estabelecer continuamente novos começos.” (MÜLLER, 2010, p.83)

São conhecidas as dificuldades, especialmente na América Latina, no tratamento dos refugiados, asilados e ainda mais nos apátridas, estes últimos com inclusão normativa muito recente nos países do Sul da América. Lafer destaca o deslocamento do refugiado, por obstáculo à sua repatriação voluntária, dificuldades do país de primeiro asilo de transformar refugiados em imigrantes, por limitação da capacidade econômica, e de dificuldades de encontro de países que absorvam refugiados, por problemas de toda natureza

diante de “novas e significativas correntes migratórias” (LAFER, 1988, p.160).

No Brasil, há órgão próprio a quem cabe conhecer pedido do asilo por refúgio. Trata-se do Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE; órgão composto por representantes do governo, da sociedade civil e da ONU. Compete ao CONARE, dentre outras atribuições, orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência, integração local e apoio jurídico aos refugiados. De qualquer forma, os princípios de proteção internacional do refugiado não são suficientes para a garantia da sua dignidade. A decisão pela concessão do asilo, se há de ser orientada por uma decisão de soberania nacional, não se pode olvidar da dignidade da pessoa humana dos refugiados, garantindo-se-lhes, dentro do que se consignou sobre a pluralidade humana, o devido lugar no espaço público em que livremente possam, em relação a si (liberdade individual) e ao outro (liberdade política), iniciar algo inaudito, quer no diálogo quer na ação, coisas que - vale lembrar - o totalitarismo e suas ideologias nunca permitiriam.

Lembrado ademais que faz aproximadamente um ano que o Brasil também decidiu regulamentar o trâmite para reconhecimento de nacionalidade aos apátridas, em busca da inclusão social, restando ainda um longo caminho por percorrer e, resultados por analisar a respeito da efetividade desse novo procedimento que nova lei de imigração implementou.

CONCLUSÃO

Os Estados em conjunto devem responsabilizar-se pela proteção dos direitos dos asilados, refugiados e apátridas, direcionados pelos princípios da solidariedade e a não indiferença, com a finalidade de superar a exclusão, devendo essa responsabilidade focar-se a nível interno:

Primeiramente em ações que busquem garantir os direitos humanos, os direitos fundamentais e liberdades, e, em prevenir e evitar que em seus países se apresentem fatores que causem deslocamento forçado, asilo, refúgio ou situações que façam a pessoas ficar em condição de apátrida.

Como segunda medida essa responsabilidade deve atingir ações positivas, como políticas públicas que busquem proteger e

garantir eficazmente os direitos das pessoas solicitantes do asilo, refúgio e apátrida, mantendo sua identidade.

Como terceira medida os governos dos Estados devem trabalhar em conjunto com a sociedade as medidas de inclusão social, econômica e cultural, de não discriminação, e de sensibilização que permita o acolhimento e adaptação do refugiado, asilado ou apátrida.

E a nível externo os Estados:

Devem estar em um constante agir positivo e não ficar inerte, desinteressado, negligente, apático, insensível e por consequência indiferente aos problemas e crises humanitárias geradas pelo deslocamento forçado, Asilo, Refúgio e apátridas.

Os Estados não devem pôr seus interesses particulares acima dos direitos dos solicitantes do asilo, refúgio ou apátridas, posto que como signatários da Declaração dos Direitos Humanos assumiram compromissos e obrigações perante a comunidade internacional, devendo, portanto, proteger e garantir os direitos Humanos, lembrando que o asilo e refúgio é um direito das pessoas e não dos Estados.

Os Estados devem trabalhar conjuntamente com outros Estados e a responsabilidade deve ser integralmente compartilhada na concessão do asilo, refúgio e concessão de nacionalidade aos apátridas, como também na busca de novos mecanismos ou melhoras das políticas públicas já existente, com a finalidade de evitar o aumento dos índices de deslocamento forçado que ACNUR apresenta, dar respostas rápidas que busquem resolver positivamente os pedidos de asilo e refúgio e erradicar todas aquelas situações que colocam as pessoas em estado de apátridas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. **Dados básicos- anuários estatísticos**. 19 junho 2018. Disponível em: < <http://www.acnur.org/datos-basicos.html> > Acesso 21 de junho 2018.

ACNUR. **Brasil**. Disponível em < <http://www.acnur.org/portugues/campanhas-e-iniciativas/ibelong/> Acesso 25 de junho 2018.

ARENDDT, Hannah. **A promessa da política**. Organizador Jerome Kohn. Tradução Pedro Jorgensen Jr. 2ª ed. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

ARENDDT, Hannah. Filosofia e política. In: **A dignidade da política: ensaios e conferências**. Organizador Antonio Abranches. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993a.

ARENDDT, Hannah. **Nós, os refugiados**. Trad. Ricardo Santos. Covilhã: LusoSofia:press, 2013.

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana/ Hannah Arendt**: Trad. Roberto Raposo. Revisão técnica e apresentação adiado Correia.- 12º ed.- Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo, totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ARENDDT, Hannah. **Será que a política ainda tem de algum modo um sentido? In: A dignidade da política: ensaios e conferências**. Organizador Antonio Abranches. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993b.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade/ Carlos Alberto Bittar**. 8. ed.rev.; e mod. por Eduardo C. Bittar- São Paulo Saraiva, 2015.

CÁRDENAS, Jaime Alfonso Cubides; PENAGOS, Albino Segura. Aproximaciones históricas sobre la migración y la incidencia de la propiedad en el desplazamiento forzado en Colombia. **Revista logos ciencia y tecnologia**. Vol.2, n.1, Julio-Diciembre 2010. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4164136>. Acesso em 31 jul.2018.

CANOTILHO, Jose J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Rio de Janeiro. Editora Coimbra, 2004.

CÉSAR, Sepúlveda. **Derecho Internacional**. Editorial Porrúa. México.2006

COSTA, Ilton Garcia da; TRANNIN, Alexandre Alberto; PINTO, Taís Caroline. **A política pública de economia solidária como instrumento para contribuir com a inclusão social por meio do direito fundamental ao trabalho**. In: COSTA, Ilton Garcia da; SANTIN, Valter Foletto (orgs). Organizações sociais: efetivações e inclusão social. São Paulo: Verbatim, 2015.

_____. ; CACHICHI, Rogerio Cangussu Dantas; CACHICHI, Zilda Cangussu Dantas. Amor e misericórdia: a flor e o fruto. In: SANTOS, Ivanaldo e POZZOLI, Lafayette (orgs.). **Fraternidade e Misericórdia: um olhar a partir da justiça e do amor**. São Paulo: Cultor de Livros, 2016.

CRUZ, Flavia Machado. **Direito Internacional Público**. Flavia Machado Cruz. Niteroi, RJ: Impetus, 2010.

GIACOIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade**. Argumenta (FUNDINOPI), Jacarezinho, v. 2, n.1, p. 11-31, 2002.

GOMES, Dinaura G. P. **Direito do trabalho e dignidade da pessoa humana, no contexto da globalização econômica; problemas e perspectivas**. São Paulo. Editora: LTR, 2005.

GORTÁZAR, Cristina J. Rotaèche. **Derecho de Asilo y “No Rechazo” del Refugiado**. 1ª Edición; 1997, Editorial: Universidad Pontificia Comillas. Madrid. 423 págs.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira** / Sidney Guerra.- 2. ed.- São Paulo: Atlas. 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Trad. Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

MÜLLER, Maria Cristina. **A possibilidade de construção de uma moralidade política em Hannah Arendt**. 2010. 314p. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade Federal de São Carlos (UFSCar). São Carlos.

MÜLLER, Maria Cristina. **Pluralidade de vozes: a garantia da dignidade humana**. Argumentos: Revista de Filosofia (Online), v. 1, p. 181-196, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948.

PAMPLONA, Gustavo. **Crimes Políticos, terrorismo e Extradicação nos passos de Hannah Arendt**. Porto Alegre: Editora Simplíssimo, 2011.

POZZOLI, Lafayette. Humanismo = dignidade da pessoa humana. **Revista Em Tempo**. Marília/SP: UNIVEM, v. 4, ago. 2002, pp. 78-82. In: <http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/view/126>. Acesso em 19 jun. 2018.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA DE BRASIL. **LEI Nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm
Acesso em: 24 de julho de 2018

SANTIN, Valter Foletto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime**. 2. ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

_____. ; PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Refugiados de ontem e de hoje: uma história de exclusão social. In: VI Encontro de Egressos e Estudantes de Filosofia da UEL, VI Ciclo Hannah Arendt – Brasil/Venezuela e I Jornada sobre Ensino de Filosofia. 2015. Londrina. **Anais...** Londrina, UEL – Departamento de Filosofia, 2016, p.109-121.

VIEIRA DE PAULA, Bruna. **O Princípio Do Non-Refoulement, Sua Natureza Jus Cogens E A Proteção Internacional Dos Refugiados**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, [S.l.], n. 7, p. 51-68, jul. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/94>. Acesso em: 23 jul. 2018.

O ABOLICIONISMO PENAL DE LOUK HULSMAN COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DA PAZ

Philippe Vieira Torres dos Santos¹

Fausy Vieira Salomão²

Cristina Veloso de Castro³

INTRODUÇÃO

O surgimento do Direito Penal associa-se com o nascimento da própria sociedade. Ele surge junto ao sentimento de vingança e impunidade. Seu curso acompanha a evolução da sociedade e do Estado, passando desde o período primitivo ao período pós-moderno.

O direito de punir do Estado surgiu em meados do século XII e XIII mediante o renascimento do direito romano e o fortalecimento do poder real. Fruto das ideias iluministas e humanitaristas nasceu o sistema penal. Anteriormente, os conflitos interpessoais de natureza penal eram solucionados pelos próprios participantes, a vítima ou a comunidade ofendida. Após a transferência do poder de punir para o Estado, os julgamentos passaram a acontecer em um Tribunal ou pelo próprio monarca.

Com o tempo, surgiram teorias acerca do Direito Penal e da Criminologia, como o direito penal garantista, o direito penal máximo, o minimalismo penal e o abolicionismo penal.

¹ Advogado e graduado em Direito pela UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Frutal.

² Professor de Direito Penal, Processual Penal e Criminologia da UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Frutal.

³ Professora de Direito Constitucional da UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais e Pós doutora em Direito pela Universidade de Messina – Itália.

O abolicionismo penal surgiu no século XIX a partir do movimento anarquista e virou tese de penalistas e criminólogos no mundo após a Segunda Guerra Mundial com os estudos de Filippo Gramatica e outros criminólogos europeus, dentre eles, o holandês Louk Hulsman.

Louk Hulsman⁴ é uma das grandes referências do abolicionismo penal, foi Professor Emérito da Universidade de Roterdã, escreveu poucos artigos e tem como sua obra máxima, o seu único livro, “As Penas perdidas” (1982), o qual acabou inspirando vários penalistas, como por exemplo o argentino Eugênio Zaffaroni que em sua homenagem escreveu o livro “*En busca de las penas perdidas*” (1990).

A metodologia usada por Hulsman em suas pesquisas era a materialista-fenomenológica – que parte das condições de vida – pois para ele, são muito mais apropriadas para se entender a realidade social. Seu pensamento abolicionista surgiu com o tempo. Através de experiências vividas, como na 2ª Guerra Mundial, na qual serviu ao exército da resistência contra os nazistas na Holanda e também foi preso em um campo de concentração, e também, mais precisamente nas pesquisas que realizou na Universidade de Roterdã, na qual o abolicionismo foi se impondo gradualmente.

Assim sendo, o presente artigo abordará o abolicionismo penal de Louk Hulsman, mostrando suas ideias e considerações acerca do sistema penal e sua crítica às penas privativas de liberdade, consideradas como perdidas.

1 O ABOLICIONISMO PENAL

O abolicionismo penal é um movimento relacionado à descriminalização de certas normas de leis penais incriminadoras e à despenalização, entendida como a extinção de pena quando da prática de determinadas condutas. Segundo Hulsman (1993, p. 161), a criminalização é injusta tendo em vista que sua formação nega as existências variáveis na vida social e os diversos significados produzidos nela, pois é incapaz de percebê-los e combatê-los. Neste diapasão, a criminalização é injusta também devido a sua forma imutável, não podendo lidar igualmente com criminosos e vítimas.

⁴ Lodewijk Henri Christiaan Hulsman (08 de março de 1923 – Dordrecht, Holanda, 3 de fevereiro de 2009). Fonte: www.loukhulsman.org.

Com diferentes vertentes o abolicionismo penal é tese de estudo de vários sociólogos e criminólogos entre eles Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie, Raúl Zaffaroni entre outros.

Os abolicionistas afirmam que o sistema penal só tem servido para legitimar e reproduzir as desigualdades e injustiças sociais. O Direito Penal é considerado uma instância elitista e seletiva, tendo que ser desmistificado o papel de suas instituições (Magistratura, Ministério Público, Polícia, etc).

Quando se diz sistema penal compreende-se como a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal, composta pela polícia, pelo judiciário e seus tribunais, pelo sistema penitenciário, pela lei, pelo legislativo, o Ministério Público e até pelas próprias escolas acadêmicas de criminologia e a própria Universidade. Abarcando a totalidade das leis, teorias e categorias cognitivas que programam e legitimam, ideologicamente, a atuação do sistema penal e seus vínculos com a mecânica de controle social global (mídia, escola, universidade), na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivo que se enraíza de maneira muito forte, dentro de cada um de nós, na forma de microssistemas penais.

Dessa forma, a corrente abolicionista sustenta que a pena e o sistema penal possuem mais efeitos negativos do que positivos. Pleiteiam, portanto, a abolição de qualquer meio de controle formal decursivo do delito, que deve dar lugar a outros modelos informais de solução de conflitos.

O abolicionismo penal trata-se de um novo meio de vida que se propõe a pensar uma diferente forma de análise do Direito Penal e do próprio caráter punitivo do Estado, questionando o verdadeiro significado das punições e das instituições, com o objetivo de construir outras formas de liberdade e justiça. É referido de uma forma bem filosófica pelos seus defensores, como relata Passetti (2012, p. 17):

O abolicionismo penal não lida somente com os conceitos da justiça criminal, com os efeitos do direito penal, a formação acadêmica de profissionais nas universidades, com as idas e vindas do condenado até a prisão, sua vida confinada ou sob os recentes controles sutis do regime das penas alternativas. O abolicionismo penal se relaciona no dia a dia com os cidadãos que se negam a discutir o fim dos castigos, acreditam na sua eficácia, na sua importância para demarcar limites, nas palmadas e nas pequenas surras.

Cabe destacar também a metáfora de De Folter (1989, p.58) a respeito do abolicionismo penal: “Podemos dizer que o abolicionismo é a bandeira sob a qual navegam barcos de distintos tamanhos transportando distintas quantidades de explosivos. Enquanto a maneira em que deverão explodir não há uma única ideia”.

Nesta direção, verifica-se que o abolicionismo penal é tratado como um estilo de vida que requer práticas libertadoras. Ainda que possa ser tratado como a utopia da sociedade igualitária e livre de prisões, como Louk Hulsman salienta, o abolicionismo penal começa na própria pessoa, é uma prática de libertação e liberação do ser.

Segundo Passetti (2012, p. 11) “o abolicionismo penal é uma prática anti-hierárquica que não se limita ao sistema penal”. Ou seja, o abolicionismo penal aborda também a demolição de costumes autoritários disseminado na cultura ocidental, baseados na autoridade central de comando com o direito de dispor dos corpos. Seguindo este pensamento, todo direito emerge de um acontecimento violento.

Para Hulsman, o abolicionismo penal é um caminho no qual pessoas atuam paralelamente constituindo um fluxo que vai dos envolvidos na situação-problema aos intelectuais nas universidades, construindo-se uma nova linguagem. Dessa forma, o abolicionismo penal passa a ser uma prática que não desconhece as inferências de poder e domínio resultantes da relação entre direito penal e ciências humanas, assumindo uma posição favorável a tomada de decisões que dispensem a aplicação universal da lei e da imutabilidade dos procedimentos para tratar cada caso de maneira singular.

Assim sendo, a corrente abolicionista sustenta que a pena e o sistema penal possuem mais efeitos negativos do que positivos, pleiteiam, portanto, a abolição de qualquer meio de controle formal decursivo do delito, que deve dar lugar a outros modelos informais de solução de conflitos.

De acordo com Hassemer e Munõz Conde (2001, p. 361), a perspectiva abolicionista funda-se no seguinte pressuposto:

Se o Direito penal é arbitrário, não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do status de seus autores, e quase sempre recai sobre a parte mais débil e os extratos economicamente mais desfavorecidos, provavelmente o melhor que se pode fazer é acabar de vez por todas com este sistema de reação

social frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício.

Passeti (2004, p. 16) ensina que o âmbito de incidência do abolicionismo não é tão simples e restrito, conforme pondera:

O abolicionismo penal é mais do que abolição do direito penal ou da prisão moderna. Ele problematiza a sociabilidade autoritária que funda e atravessa o Ocidente como pedagogia do castigo em que, sob diversas conformações históricas, atribui-se a um superior o mando sobre o outro. Abala o domínio no qual a criança e o jovem encontraram-se confinados à condição de assujeitamento imposto pela obediência às hierárquicas regras de educação na infância e na adolescência e ao modelo do adulto legitimador de mentiras necessárias.

Assim, vemos que o abolicionismo não se limita a acabar apenas com o sistema penal. Mas, se mostra um passo grandioso para o fim de certas relações de poder, e aos castigos promovidos pela educação tradicional.

A crítica proposta pelos abolicionistas, é relacionada ao sistema penal seletivo e estigmatizante, sendo o cárcere repleto de fatores criminógenos, com os direitos humanos sendo sempre violados, e as políticas de prevenção ineficazes, o que acaba ocorrendo a repetição de crimes e a reincidência⁵.

Segundo os abolicionistas, o Direito Penal “se baseia em fatos passados, muitas vezes despertando feridas que já haviam cicatrizado. Por tudo isso, reputa-se contrário ao interesse social” (SILVA, 2011, p.106). Além disso, os abolicionistas julgam o Direito Penal como um direito de vingança, como se a vingança fosse promover a justiça e a paz.

⁵ A estatística criminal se confecciona a partir dos dados registrados pelos órgãos do controle social penal. Isso quer dizer que há um grande número de fatos puníveis que por não terem sido registrados não formam parte da estatística criminal. Estes fatos constituem a cifra negra da criminalidade. Com efeito, nem todo delito é denunciado. Nem todos os delitos denunciados são registrados como tais pelo órgão ante o qual foi feita a denúncia. Nem todos os delitos denunciados e registrados pelo órgão que recebeu a denúncia são objeto de investigação e nem todos os investigados acabam sendo condenados. Deste modo, de acordo com o nível do órgão a partir do qual se elaborou a estatística, mais alta será a cifra negra (RAMÍREZ E MALARÉE, *apud* GRECO, 2009, p.08).

A crítica abolicionista reprova de forma acintosa a justiça penal pelo fato dela possuir o poder de produzir uma construção falsa do que de fato aconteceu, tendendo da mesma forma a dar uma resposta irreal e ineficaz. Além disso, para os abolicionistas ela exclui as organizações formais, como a polícia e os tribunais, de trabalhar de maneira dinâmica com os fatos e aprender com os mesmos.

O movimento abolicionista critica de maneira contumaz a aplicação da pena privativa de liberdade, a criminalização de determinados atos, o controle social estatal e o “*status quo*” da justiça penal. Promovendo assim, uma teoria sensitiva do Direito Penal e da pena, a fim de organizar uma reparação nos conflitos.

Salete Magda de Oliveira (1997, p. 84) faz interessante observação:

Enquanto o sistema penal proclama os benefícios do ‘efeito dissuasivo da punição’, subscrevendo-se sob a política soberana do medo, o abolicionismo investe na prática analítica da persuasão que privilegia o acordo generoso baseado na argumentação, que não se reduz à instrumentalidade técnica, mas amplia a possibilidade de discussão no cotidiano, entendido como prática do próprio pensamento criativo, que não prescreve limites para si mesmo ou para a convivência com o risco.

Sob a perspectiva abolicionista, a justiça penal é incompatível com os direitos humanos essenciais bradados pela Carta das Nações Unidas. Assim, a execução da justiça penal atual leva a supressões dos direitos humanos ao permitir atividades consideradas necessárias num contexto democrático para proteger os direitos dos outros.

Assim sendo, na visão dos abolicionistas, o sistema penal apresenta-se, à primeira vista, como um meio preventivo e garantidor da segurança da população, mas na verdade, o próprio sistema se torna um agente da própria violência e incerteza. A solução abolicionista para acabar com isso, é a abolição deste sistema penal.

2 O ABOLICIONISMO PENAL HULSMANIANO

Hulsman (1993, p.46) não acredita na existência de pessoas más, “cada ser é, ao mesmo tempo, profundamente diferente e existencialmente próximo”. Isto faz com que ele pense de forma que o

livre de explicações que se baseiam em discriminações e pretendem provocar o isolamento de algumas pessoas vistas pela sociedade como más.

O autor adota a teoria criminológica crítica, da qual o criminoso a partir da definição que ele dá da situação, acha seu comportamento relativamente “normal”, ou não tão diferente do comportamento da maioria das pessoas. Assim, a interpretação das diferentes maneiras de se ver o mundo, e a aceitação dessas outras formas de perspectiva, podem ser o caminho para se encontrar respostas humanas para as situações conflituosas.

O pensamento de Hulsman é centrado em mudanças, rejeitando o discurso penal oficial de forma radical. Hulsman rejeita as palavras crime, criminoso, criminalidade e política criminal, pois pertencem à linguagem penal, relacionando-os à culpa, ao criminoso presumido e ao mundo dos maus. O objetivo desta nova linguagem é conferir um novo olhar, não estigmatizante sobre as pessoas e as situações vivenciadas. Assim, a substituição dos termos supracitados por outras expressões que o autor sugere, como atos lamentáveis, pessoas envolvidas, situações problemáticas e comportamentos indesejados, são o primeiro passo para formar uma mentalidade nova e livre de conceitos discriminatórios. Crime passa a ser chamado evento criminalizável. Eventos este que se assemelham com qualquer outro evento problemático não criminalizável. A adoção de uma nova terminologia que não discrimine ou estigmatize a pessoa é benéfica em dois aspectos. Primeiramente, não há nada que fundamente um problema ser crime e outro não. Em segundo lugar, o problema por si só já causa vários problemas para os envolvidos e o sistema penal apenas intervém para agravá-lo. Neste diapasão, não só as palavras sofreriam alterações, mas sim, todo o sistema deveria ser substituído, a mentalidade e o funcionamento do sistema deveriam ser outros. Um exemplo de mudança de vocabulário citado por Hulsman é do atentado ao Papa João Paulo II.

Em 14 de maio de 1981, o Papa João Paulo II foi atingido no ventre por três tiros de revólver. No domingo seguinte, 17 de maio – dia de seu 61º aniversário – da clínica onde se recuperava da operação, dirigiu aos fiéis, que tinham ido rezar na Praça de São Pedro em Roma, uma curta mensagem onde dizia: “Rezo pelo **irmão** que me feriu e a quem sinceramente perdoei”. Nem a imprensa escrita, nem as rádios reproduziram esses termos. Podia-se ler e ouvir: o Santo-Padre, perdoou seu **agressor**; João Paulo II perdoou o **assassino**... a palavra

“irmão” era muito estranha; chegava mesmo a ser inconveniente. Não se emprega esta palavra em tal situação. Para classificar o acontecimento, era preciso reencontrar o etiquetamento que se tornou habitual: foi uma **tentativa de homicídio** e não se chama **irmão** o criminoso que atirou em você.

Entretanto, foi esta a palavra escolhida pelo interessado, evitando exatamente de se definir como uma “vítima” diante de seu “agressor”, situando-se em um universo distinto daquele da justiça criminal (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 80).

Isto mostra o quanto o etiquetamento se faz presente na linguagem e na mente dominante, influenciando e atrapalhando a mentalidade da sociedade e dos julgadores e operadores do sistema penal.

Hulsman critica a legitimidade do Estado em punir. De acordo com ele as leis e as estruturas criadas teoricamente para proteger o cidadão, em determinadas circunstâncias se voltam contra o próprio cidadão. Assim, de acordo com o autor, o discurso de que o Estado é necessário à sobrevivência das pessoas e sua legitimação dada pelo povo através da representatividade popular são falsos.

Hulsman começa a desenvolver seu pensamento focando na opinião pública. Como a sociedade vê os marginais? Como eles devem ser tratados?

Ao tratarem dos problemas da justiça penal, os discursos políticos, grande parte da mídia e alguns estudiosos da política criminal se põem de acordo e dão a palavra a um determinado “homem comum”. Este homem comum seria obtuso, covarde e vingativo. Não faria distinção entre os marginais, os violentos, os molestadores de todos os tipos, reservando-lhes em bloco o desprezo público. Imaginaria as prisões cheias de perigosos assassinos. E veria no aparelho penal o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que o perturbam.

Ora este homem comum não existe! Trata-se de uma cômoda abstração para legitimar o sistema existente e reforçar suas práticas (HULSMAN, DE CELLIS, 1993, p. 57).

Essa visão é criada através dos mecanismos de controle do Estado que através da mídia introduz essa linguagem voluntarista e desvinculada da realidade, com absorção fácil dos espectadores, formando uma opinião pública. Para as pessoas que absorvem tal informação há uma verdadeira negligência do real funcionamento do

sistema. Muitas vezes para elas há algo de errado na justiça criminal, entretanto ignoram o problema.

A mídia tem um papel muito forte na opinião pública, as produções dramáticas tradicionais perpetuam a imagem de dois lados: o bem e o mau. Na justiça penal essa concepção é vista da forma que o policial, o juiz, o legislador, são vistos como os representantes da ordem, denotam o bem. Em contraposição a estes símbolos da justiça, estão os “delinquentes”, remetidos aos anormais sociais, o mau da sociedade.

É preciso desafiar as ideias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantêm de pé os sistemas opressivos. Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se imagina que se trata de colocar tais pessoas separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar mal, passa-se a aceitar facilmente o próprio princípio do encarceramento, que as isola (HULSMAN, DE CELLIS. 1993, p. 57).

Dessa maneira, para o autor devemos a todo momento desafiar o que nos é colocado pela mídia e pelo governo a fim de refletir sobre a legitimidade do Estado em punir e encarcerar as pessoas sem uma perspectiva de reabilitação e reinserção social.

O discurso oficial difundido pela mídia e explicado nas universidades, do qual, a justiça criminal respeita a Constituição e seus princípios, o Tratado de Direitos Humanos, os códigos penal e de processo penal, garantindo que ninguém será preso de forma arbitrária, garantindo a publicidade dos processos, que os juizes são neutros e independentes do poder executivo, dentre outras leis que regem o processo é criticado por Hulsman, que questiona se tais procedimentos são válidos para a sociedade, e se realmente funcionam, a fim de proteger os direitos do processado.

Hulsman critica o ideal ressocializador da pena partindo do pressuposto que a prática e o discurso do sistema penal andam em sentidos opostos, tornando um instituto de aumento da criminalidade e distante do ideal proposto de redução de delitos. Outrossim, a seletividade do sistema é quem impera “ao escolher a clientela e causando sofrimentos desnecessários” (BOZZA, 2013. p. 152).

Para o autor, o delito não é uma realidade pré-existente ao direito, mas sim criada pelo Estado. O fato que se tornou criminoso por vontade do Estado, muitas vezes ao menos foi parte de análise prévia de política criminal para demonstrar a necessidade de tutelar esse bem jurídico. Assim, casos em que hoje são punidos severamente com duras sanções, amanhã podem não ser mais, caso o Direito Penal resolva retirar a previsão penal de tal conduta, deixando assim de ser crime ofensivo à sociedade.

Dessa forma, Hulsman julga ser quase impossível que uma pena justa e legítima seja aplicada pelo sistema penal tradicional, devido a maneira como ele funciona, baseado, segundo o autor, na irracionalidade.

2.1 O ABOLICIONISMO ACADÊMICO E O ABOLICIONISMO INSTITUCIONAL

Hulsman (1993, p. 13) distingue o abolicionismo acadêmico e o abolicionismo institucional. De acordo com ele, o abolicionismo institucional é o movimento social que deseja se livrar da justiça criminal, da mesma forma que, no passado, as pessoas quiseram se livrar da escravidão e, hoje em dia, querem se livrar de práticas que consideram discriminatórias quanto à raça e ao gênero.

Para o abolicionista holandês, a abolição institucional pertence também as mudanças mais pessoais na percepção, na atitude e no comportamento daqueles que estão individualmente ou coletivamente empenhados nessas transformações.

Já o abolicionismo acadêmico é tomado por Hulsman como sendo a abolição de determinadas formas de olhar o crime e a justiça criminal. A universidade é tida como uma das principais organizações que sustentam a justiça criminal. Cuida-se da abolição da linguagem prévia sobre justiça criminal e a substituição desta linguagem por uma outra. A partir disso, Hulsman propõe novas competências e novas finalidades para estes órgãos, sugerindo uma conversão de sentido, percepções, atitudes e comportamentos. O autor trabalha com a aplicação maior de políticas preventivas do delito, atuando antes do vir-a-ser; resgate da maioria das pessoas envolvidas em “situações-problema, tornando-as aptas para dialogar sobre os conflitos e chegarem a um denominador comum, a uma solução conciliadora” (DMITRUK, 2006, p.64); nos casos em que essas ações falharem, o autor propõe soluções jurídicas não-penais, com

interferência do Poder Judiciário das áreas cível, administrativa ou afins.

2.2 HULSMAN E AS PENAS PERDIDAS

Juntamente com Jacqueline Bernat de Celis, Louk Hulsmán escreveu a sua maior obra “As Penas Perdidas: o sistema penal em questão” (1982), onde expõe vários princípios e fundamentos abolicionistas. Para ele o sistema penal é um método ultrapassado e inefetivo para a solução de conflitos, que não protege o homem e a sociedade, que não previne a criminalidade, que carece de fundamento e de racionalidade, e que, na verdade, por seus métodos nocivos e irracionais, apenas suscita mais conflitos na sociedade, por meio da exclusão, estigmatização e dominação de classe.

Na obra de Hulsmán, as penas são perdidas principalmente por representarem um sofrimento inútil. Ele considerou o sistema penal um problema em si mesmo, preferindo a total abolição deste modelo repressivo. O autor, posiciona-se a favor da implantação de instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas, substituindo o sistema penal de forma direta. Com seu grande caráter humanitário, ele elabora sua teoria primeiramente imaginando uma melhoria na vida de todas as pessoas.

Na primeira parte do livro, denominada “Qual abolição”, Hulsmán faz inúmeras críticas ao sistema penal, dentre elas o autor aborda o tema da “Cifra Negra da Criminalidade”, que são as situações que se enquadram como crimes na lei penal, mas que não entram para os registros oficiais do sistema, ocorridos criminalizáveis que, por vários motivos, não são de interesse da persecução penal, mesmo tendo uma taxa muito alta. A partir disso, Hulsmán questiona o funcionamento do sistema, que influi tão pouco na vida das pessoas, tendo uma ação efetiva muito baixa em comparação com os delitos não registrados.

Para Hulsmán não existe uma realidade ontológica do crime, ou seja, não há uma real existência do delito, pois os fatos que, para o direito penal, são denominados “crime”, na perspectiva abolicionista, são eventos criminalizáveis, isto é, acontecimentos que por meio das leis e da justiça criminal podem vir a se tornar crimes.

Os eventos criminalizáveis não possuem um denominador comum, ou seja, certa ação pode ser considerada um crime grave dependendo da situação-problema. Hulsman usa desse pensamento pois, para ele, a legislação penal é falha para diferenciar o bom do mau, o seguro do nocivo.

Esses mesmos eventos criminalizáveis se, por um lado se mostram um problema para algumas pessoas, por outro, não são considerados de tal forma para outras, tendo como única semelhança entre eles a operação do sistema penal, que, por sua vez, também entendido como justiça penal, refere-se, para Hulsman, a um conjunto de entes cooperados em que

[...] cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará depois. Não há uma correspondência rigorosa entre o que um determinado legislador pretende num momento dado – o que ele procura colocar na lei, no Código Penal – e as diferentes práticas das instituições e dos homens que as fazem funcionar. Tais instituições não têm nada em comum, a não ser uma referência genérica à lei penal e à cosmologia repressiva, liame excessivamente vago para garantir uma ação conjunta e harmônica. Tais instituições estão, de fato, compartimentalizadas em estruturas independentes, encerradas em mentalidades voltadas para si mesmas.[...] Cada corpo desenvolve, assim, critérios de ação, ideologias e culturas próprias e não raro entram em choque, em luta aberta uns contra os outros (HULSMAN, DE CELIS, 1993, p. 150).

A máquina do sistema penal do Estado é composta pela polícia, pelo judiciário e seus tribunais, pelo sistema penitenciário, pela lei, pelo legislativo, o Ministério Público e até pelas próprias escolas acadêmicas de criminologia e a própria Universidade. Estas instituições atuam de forma fragmentada e não cooperativa, desenvolvendo através de sua intervenção, métodos de ação, ideologias, valores que geralmente entram em choque uns com os outros, pois cada uma age por si mesmo, individualizada, por exemplo: não há ligação entre o que o legislador pretendeu em certo momento, colocar na lei do Código Penal e as práticas das instituições e os homens que a fazem funcionar. São estas instituições que são responsáveis pela justiça e combate à criminalidade, instituições enterradas em mentalidades voltadas para si mesmos.

A polícia tem uma organização própria. A formação profissional, os critérios de seleção e promoção de seus agentes, a deontologia, as sanções disciplinares previstas em seu regulamento interno não têm nada a ver com as regras que vigoram, por exemplo, para os membros do Ministério Público – procuradores e substitutos – os quais, no entanto, dão continuidade à ação policial no procedimento penal. Uns e outros não obedecem aos mesmos chefes; não dependem do mesmo ministro... (HULLSMAN; DE CELLIS, 1993, p. 59).

Nesta análise do sistema penal que Hullsman mostra o choque entre as instituições que “prestam a justiça” e o “combate à criminalidade” e afirma que dificilmente o sistema penal estatal poderia ser triunfante. O autor ainda mostra como este sistema burocrático não é dominado pelo homem e o denomina como um sistema sem alma, que sua tendência principal não se direciona a objetivos externos, mas internos, velar pela sobrevivência e bem-estar de seus membros, mostrando exatamente que o sistema penal é apenas uma ferramenta para estigmatização, exclusão e de dominação de classes.

Para os abolicionistas, o sistema penal é especialmente concebido para fazer o mal. Segundo Hulsman, a interferência da justiça penal é um evento raro e excepcional e que a maioria dos conflitos são lidados fora da esfera penal, esta análise se dá à cifra negra. Para o autor, não existe crime ou delito, mas apenas situações problemáticas, alega ainda, que chamar um fato de crime limita-se ao gênero punitivo do direito penal e suprime involuntariamente os outros tipos de soluções, como a mediação, conciliação, arbitragem e terapia.

Ademais, para Hulsman a justiça criminal restringe-se ao poder de culpar alguém. Prerrogativa essa que conta com o apoio da mídia, na repetida dramatização e sensacionalismos que criam personagens do mal.

Neste sentido, o autor define a política criminal como aquela correspondente tão-somente aos crimes e criminosos, quando deveria ser mais ampla e multifocal, voltada ao desenvolvimento de seus órgãos, à análise dos fatos que devem se submeter ao sistema penal e à forma como os membros da sociedade podem agir diante das situações problemáticas. Nesta direção, Vitorino Prata (2002, pp. 466-667) pondera que a melhor “política criminal é aquela que, antes de tudo, realiza a prevenção de forma efetiva, constante e diuturna, não aquela que prioriza a repressão como forma de resolver o

problema da violência e da criminalidade na sociedade”. Na mesma direção, o pensamento de Hulsman aponta várias outras considerações sobre o funcionamento do sistema penal. Ante isso, o autor destaca a necessidade de valorizar os reais interesses e condições da vítima.

A vítima não pode mais fazer parar a “ação pública”, uma vez que esta “se pôs em movimento”; não lhe é permitido oferecer ou aceitar um procedimento de conciliação que poderia lhe assegurar uma reparação aceitável, ou – o que, muitas vezes, é mais importante – lhe dar a oportunidade de compreender e assimilar o que realmente se passou; ela não participa de nenhuma forma da busca da medida que será tomada a respeito do “autor”; ela não sabe em que condições a família dela estará sobrevivendo; não faz nenhuma ideia das consequências reais que a experiência negativa da prisão trará para a vida deste homem; ela ignora as rejeições que ele terá que enfrentar ao sair da prisão (HULSMAN; DE CELIS, 1993, pp. 82-83).

Assim, o sistema penal rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele, e ao mesmo tempo, atribui etiquetas aos envolvidos, como vítimas e delinquentes. Ressalta-se, na obra de Hulsman, que o rótulo de criminoso é introduzido nos cidadãos por meio do processo judicial e da vida no cárcere.

Percebe-se neste ponto, que “Hulsman descreve as funções de seletividade, etiquetamento e estigmatização operada pela incidência arbitrária, e não-paritária como quer a tradicional doutrina liberal, do modelo nos diferentes estratos sociais” (CARVALHO, 2002, p. 15). Para Hulsman, o encarceramento é degradante e aniquilante, não só para o encarcerado, mas também para aqueles que o submetem a tal situação (agentes penitenciários, policiais), criando uma sociedade vingativa, punitivista, movida pelo sentimento de culpa, valores que se enraízam na consciência social de todos os indivíduos que compõe essa sociedade organizada pelo modo de vida capitalista.

O condenado à prisão penetra num universo alienante, onde todas as relações são deformadas. A prisão representa muito mais do que a privação de liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril. (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 62).

Segundo o autor, os suplícios não acabaram, a prisão ainda é um suplício e cruel. Além de privar a liberdade, a prisão degrada os corpos.

A privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a promiscuidade com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes; o odor, a cor da prisão as refeições sempre frias onde predominam as féculas – não por acaso que as cáries dentárias e os problemas digestivos se sucedem entre os presos! Estas são provações físicas que agridem o corpo, que o deterioram lentamente (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 62).

O estigma carregado pelo ex-condenado, que causa desemprego, discriminação, até mesmo pela própria família, é outro ponto abordado pelo autor, para ele a prisão representa muito mais do que a privação da liberdade. A prisão não é somente “a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é também e principalmente, a entrada num universo artificial onde tudo é negativo” (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 62). Isso faz com que a prisão seja um mal social, um sofrimento improdutivo.

De acordo com Hulsman, o sofrimento gerado pelo cárcere não tem nenhum benefício para nenhuma das partes, preso e sociedade. A vida na prisão aumenta o isolamento interior. “O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaprender a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação” (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 63).

Assim, o autor conclui que nas prisões ocorre uma despersonalização e dessocialização do homem e que as penas são um sofrimento inútil, pois não contribui para a ressocialização do delinquente.

2.3 COMO ATINGIR A ABOLIÇÃO DO SISTEMA

Hulsman critica o conceito de gravidade do fato não sendo um bom critério para determinar a resposta social por meio de uma reação punitiva. “Na vida cotidiana, frequentemente percebemos que o modelo punitivo é inoperante quando se trata de coisas sérias. A própria “gravidade” da situação obriga a que a definamos de outra

forma e inventemos outras formas de resposta” (HUSLMANS; DE CELIS, 1993, p. 101).

Isto não é possível no interior do sistema penal, pois não se pode mudar a reação, sendo ela única: violência e perda de liberdade. Hulsman pensa que em casos graves não é imprescindível a adoção do campo penal para punir.

A gravidade do ato, que constitui a pedra de toque do sistema penal, deve deixar de determinar a reação a este ato. Quando se consegue sair do bloqueio imposto por esta noção de gravidade, torna-se possível aplicar outros modelos muito mais satisfatórios de reação social (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 102).

Para Hulsman (1993, p.102) “em qualquer caso seria preciso devolver às pessoas envolvidas o domínio sobre seus conflitos”. O ponto de partida para se achar a solução seria através da análise que elas fizessem do ato indesejável. O encontro face-a-face da vítima mais o agressor deveria ser sempre possível a fim de proporcionar a troca de experiências, podendo conduzir a soluções para o futuro.

A lei deveria ser mais flexível, analisar cada caso de maneira peculiar, em vez de criar uma linha de reação uniforme, ou de definir em quais situações certas linhas seriam automaticamente aplicadas. Dessa forma, a linha aplicável variaria de acordo com as características da situação-problema, pois cada situação é única.

(...)um pai poderá reprovar severamente o vandalismo do filho que praticou atos de depredação em casas de vizinhos e puni-lo. Mas, se tais atos se repetem numa comunidade ou num bairro transformando-se numa prática habitual de todo um grupo de jovens, o administrador, constatando a generalização do problema, logicamente deverá primeiro investigar que fatores favorecem tais acontecimentos, de modo a poder agir sobre aqueles em que possa exercer alguma influência. O administrador não irá considerar cada jovem individualmente. Ele procurará saber, por exemplo, se existem centros juvenis e quais os meios postos à sua disposição, podendo ainda dar oportunidade aos jovens de opinar sobre a modificação das coisas naquele bairro. (HULSMAN; DE CELIS, 1993, p. 103).

Assim, um mesmo fato poderia ser visto de diferentes formas, de acordo com as pessoas ou grupos envolvidos. Sendo a linha

aplicável variável, de acordo com a situação-problema. Ao reclamar a abolição do sistema penal em sua totalidade, Hulsman não tem a intenção de abolir a estrutura das sanções penais e substituí-las por estruturas de tratamento médico ou pedagógico, ou, basicamente, por uma estrutura menor da justiça penal. Na verdade, o autor sugere a substituição da administração estatal centralizada da justiça penal por formas descentralizadas de regulação autônoma de conflitos, onde aqueles que fossem diretamente envolvidos tenham maior influência no processo.

Desta forma, Hulsman sugere a abolição do poder estatal de regulação de conflitos em favor de um sistema autônomo e mais direto, parecido com algumas sociedades tribais⁶. Nessas sociedades, a regulação dos conflitos acontece no nível das relações entre os grupos e das relações diretas entre indivíduos, com a ajuda de instituições ou procedimentos vinculados diretamente à experiência das pessoas.

Para Hulsman, a organização do sistema penal é centralizadora e burocrática, rouba o conflito dos indivíduos diretamente envolvidos e trata de problemas que eles não têm. A abolição deste sistema centralizado teria dois efeitos. Primeiramente, a eliminação dos problemas sociais causados pelo sistema, como a produção de culpados, a estigmatização dos prisioneiros, o “sequestro do problema”, a marginalização de determinados grupos sociais, o sensacionalismo e a dramatização dos conflitos por parte dos meios de comunicação. Em segundo lugar, ocasionaria a “revitalização da fibra social” (HULSMAN; DE CELIS, 1993).

⁶ Exemplo de sociedade tribal descentralizada é a sociedade somali, da qual, não existe um poder executivo ou legislativo. Existe somente um conjunto de protocolos compartilhado por uma rede de indivíduos independentes organizados em clãs. Não existe nenhuma hierarquia coerciva dentro do clã. Comportamento antissocial somente leva ao ostracismo social. Se a força deve ser usada, nunca o é para destruir pessoas ou propriedades, mas somente para pôr fim a agressões. O aparato legal somente entra em ação quando há violação de direitos, no caso de danos pessoais ou à propriedade. Toda a justiça é regeneradora, não punitiva. Então, se não existe vítima, não existe crime. A lei Somali requer somente que as vítimas sejam compensadas pelas violações contra a sua vida, liberdade e propriedade (VAN NOTTEN, Michael. *The Law of the Somalis: A Stable Foundation for Economic Development in the Horn of Africa*, 2005.).

A ausência do sistema penal estatal, com seus esquemas de interpretação reducionista e suas soluções estereotipadas, permitiria em todos os níveis da vida social outros tipos de soluções de conflitos muito mais vinculados à experiência imediata daqueles que estão diretamente envolvidos. (DE FOLTER, 2008, p. 186).

Observa-se assim, que a ideia de solidariedade é basilar para o abolicionismo de Hulsman, requerendo uma conversão coletiva da sociedade para a abolição do sistema penal. Essa conversão requer antes de tudo, a abolição dos conceitos tradicionais e da linguagem penal. A abolição radical do sistema penal significa abolir até mesmo o conceito tradicional de crime. De acordo com o autor, é um equívoco considerar o crime e a criminalidade como padrões para a compreensão e definição dos fatos reais e da organização da reação frente a eles. Também deveriam ser abolidos outros conceitos, como o de “gravidade” do crime, “periculosidade” do delinquente, o conceito metafísico de culpabilidade e a dicotomia do “bom” e do “mau”. Evidentemente, a abolição do conceito de crime e criminalidade não provoca a solução de todos os problemas. As situações problemáticas perdurarão. Desta forma, Hulsman sugere tomar essas “situações-problema” como ponto de início.

A abolição do conceito de crime obriga-nos a revisar completamente o vocabulário do sistema de justiça penal. Uma vez que se percebe a infertilidade de ver a criminalidade como uma qualidade de pessoas, comportamentos ou situações, faz-se necessário o desenvolvimento de um novo vocabulário para a interpretação de fenômenos sociais que anteriormente eram considerados como criminalidade. O desmantelamento dos velhos conceitos não só não admite, obviamente, a conservação das velhas categorias sob novos termos, mas também requer “outra lógica”, ou, diria eu, “outra linguagem”. Também implica a abolição da concepção voluntarista da filosofia e da forma escolástica de pensamento contida na cosmologia da teologia escolástica medieval, na qual implica a existência de um ponto de vista absoluto, de um Deus onipresente e onisciente. Também é necessário abolir a projeção das chamadas teorias do contrato, nas quais o mal individual é considerado como um mal que afeta toda a sociedade. E, assim, estaria resolvido o problema da falta de influência daqueles diretamente interessados. (DE FOLTER, 2008, p. 187).

Observa-se, portanto, que a abolição não seria apenas nas instituições e funcionamentos do sistema, mas até mesmo na

linguagem que este criou, evitando estigmatizações e prezando pelo tratamento humanitário.

Assim, a abolição do sistema de justiça penal, abriria espaço para um sistema mais informal de resolução de conflitos, baseado na solidariedade e no Direito não positivado, analisando cada caso de acordo com suas peculiaridades e com ampla participação dos envolvidos, vítima e agressor.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou fazer uma análise do abolicionismo penal de Louk Hulsman, tendo como referência maior seu livro “As penas perdidas: o sistema penal em questão”. Alguns aspectos de sua teoria abolicionista ficaram de fora desta pesquisa, entretanto, o pensamento Hulsmaniano foi bem apresentado. O pensamento e as fundamentações de Hulsman são críticas, e é, dentre as propostas da vertente crítica da criminologia, a mais radical de todas. Mesmo dentro do meio abolicionista, Hulsman é autor que nega a existência da prisão de qualquer forma, pois não acredita na maldade humana. Enquanto autores como Thomas Mathiesen e Nils Christie reconheçam que em alguns casos a intervenção estatal é necessária, embora alertam que tais hipóteses devem ser restringidas ao máximo, de forma que não deslegitimam as desvantagens das prisões.

Hulsman aborda todos os elementos do sistema penal de maneira coerente e racional. Entretanto, para nós, o abolicionismo penal é um caminho a ser traçado, um futuro distante da realidade, principalmente da realidade brasileira.

Está mais que claro que as prisões, no modelo tradicional, não funcionam. A humanização das penas é necessária e a reforma no sistema penitenciário é urgente.

A vítima deve ter um papel mais importante no processo criminal, deve-se procurar reparar o dano por ela sofrido, a prisão daquele que lhe causou o dano não é vantajosa nem para ela, nem para ele e nem para a sociedade, já que a chance dele sair pior da prisão é significativa.

O positivismo jurídico é cego não analisa cada caso de forma peculiar, o que faz com que coisas insignificantes, como um furto de

um chocolate, seja enquadrado em 2 a 8 anos de reclusão. Ou que o porte de 5 gramas de maconha qualifica-se como tráfico de entorpecentes. A justiça penal precisa ser mais flexível e analisar cada caso de forma específica. A humanização do sistema penal é urgente.

Hulsman é claro ao dizer que o abolicionismo só é possível com uma melhora significativa da qualidade de vida das pessoas, do avanço da educação e da diminuição das desigualdades sociais, pois a criminalidade é o reflexo de uma sociedade desigual e discriminatória.

Por fim, o pensamento Hulsmaniano nos dá a incerteza e a dúvida de que só se saberá se o abolicionismo funciona quando experimentarmos-lo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHUTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil / Daniel Silva Achutti. – Porto Alegre, 2012.

ANGOTTI, Bruna. Breves Notas sobre o Abolicionismo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. n. 80, p. 247-279, 2009.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3^o edição. Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1999.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

DMITRUK, E. J. O que é Abolicionismo Penal. **Revista Jurídica da UniFil**, v. 3, p. 72-88, 2006.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio – Uma Visão Minimalista do Direito Penal**. 5ed. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HULSMAN, Louk. **Abolicionismo Penal**. Tradução de Mariano Alberto Cifardini y Mirta Lilán Bondanza. Buenos Aires: EDIAR, 1989.

HULSMAN, Louk. BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas**. Trad. Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

HULSMAN, Louk. **Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal**. In, Verve, vol. III. São Paulo: Nu-Sol, 2003, pp. 190-219.qq

KARAM, Maria Lúcia. **Pela Abolição do Sistema Penal**. In: PASSETI, Edson (Org.). Curso livre de abolicionismo penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 77,78.

PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

RAMÍREZ, Juan J. Bustos; MALARÉE, Hernán. **Leciones del Derecho Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009

SICA, Leonardo. **Direito penal de emergência e alternativas à prisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, André Ricardo Dias da. **A privação da liberdade em reflexão garantista: reforma ou substituição do atual paradigma**. São Paulo: Baraúna, 2011.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v.1.

_____. **Em busca das penas perdidas**. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revisan, 1991.

LOS NIÑOS, LAS VÍCTIMAS PERFECTAS DEL FENÓMENO DE TRATA DE PERSONAS¹

Laura Alejandra Gaitán Lancheros²

Jaime Cubides Cárdenas³

INTRODUCCIÓN

El respeto por los Derechos Humanos determina a una sociedad como garante de la dignidad humana y debe estar acompañada de entidades estatales que garanticen la protección a todos los sujetos especialmente a los más vulnerables. Cuando existen graves violaciones o amenazas a los derechos de los menores es necesario realizar un replanteamiento de valores, costumbres, principios y realizar las modificaciones jurídicas

¹ Capítulo resultado de investigación del Proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, perteneciente a la Línea de Investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

² Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y miembro del semillero “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” de la Universidad Católica de Colombia.

Contacto: lagaitan97@ucatolica.edu.co.

³ Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magíster en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magíster en Derecho de la misma casa de estudios, Doctorando en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente asociado e Investigador Senior y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 en Convocatoria 781 de 2017 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC). Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co.

pertinentes para agudizar las leyes respecto a las personas que mercantilizan ilegalmente los derechos de los infantes. Para iniciar se comprenderá la noción de trata de personas, sus causas y las modalidades que existen, y así después desarrollar un estudio detallado sobre una de las víctimas más frecuentes de este delito: los menores de edad. Después se elaborará un análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, y protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas, especialmente de mujeres y niñas como una herramienta jurídica para combatir este fenómeno. Finalmente se estudiará exhaustivamente la lucha del Estado colombiano respecto a esta problemática, ya que en este país, la modalidad más frecuente de trata es el reclutamiento de niños, niñas y adolescentes, por esta razón se ha planteado el siguiente problema de investigación ¿Que estrategias ha ejecutado el Estado Colombiano a la aplicación del pacto “Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional en el protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas, especialmente de mujeres y niñas, durante la última década?

1 LA TRATA DE NIÑOS Y NIÑAS COMO FENÓMENO MUNDIAL

La trata consiste en el reclutamiento de la persona, el traslado y el alojamiento en un lugar determinado; este traslado puede ser dentro del mismo lugar del reclutamiento o en otro distinto. “Se considerará trata de personas, la captación, el transporte, el traslado, la acogida y la recepción de un niño.”(Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, y protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas, especialmente de mujeres y niñas, New York, 2004) Cuando la trata afecta a los menores de edad, se afectan personas que se encuentran en estado de vulnerabilidad, se violan derechos protegidos por organismos internacionales, por ejemplo La Convención de los Derechos del niño que en su artículo 11 afirma: “Los Estados Partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero”. Sin embargo, cuando exista la posibilidad o sospecha de trata en un menor desaparecido es necesario mediante la investigación policial y la labor de las entidades migratorias evitar el traslado del menor a otro estado, pues las posibilidades de impedir su explotación disminuyen debido a que los grupos criminales de

delincuencia organizada realizan la comercialización de la persona con otros y se pierde el rastro de la banda criminal y de los menores. Esta problemática no solo afecta a países en vía de desarrollo sino a países ya industrializados. Cuando la explotación de personas se estableció como uno de los negocios más rentables a nivel mundial, la comunidad internacional respecto a los niños, niñas y adolescentes precisó el término de estas víctimas., por ello se comprende al menor víctima de trata como: “cualquier persona menor de 18 años reclutada, transportada, transferida, acogida o recibida para fines de explotación, sea dentro o fuera de un país determinado.” (UNICEF, 2006) Según la Organización Internacional para las migraciones (OIM), la trata puede ser interna o externa, entendiéndose la primera como el traslado que se hace de la persona dentro del mismo país o región para el fin de la explotación, y el segundo comprendiéndose como la captación, el traslado y la explotación de la persona en otro país. La mayoría de los países han visto con preocupación la avanzada destructiva del hombre contra el hombre, motivo por lo cual han diseñado instrumentos jurídicos, leyes y reglamentos y han involucrado a otros países que no consideraban la idea de defender la raza humana de los desmanes del propio hombre. (Parra, 2013)

Se suele creer que las víctimas de explotación carecen de oportunidades, sin embargo “la debilidad de la víctima de tráfico de personas presentada por el Protocolo de Palermo no solo reposa en la esfera económica(aunque sea esencial, sino también en la debilidad social, psíquica, emotiva y física” (Miranda, 2014), respecto a los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata la debilidad psíquica y emotiva los convierten en las víctimas perfectas para ser objeto de explotación, generalmente estos son atraídos a comercializarse y suelen encontrarse en situaciones de pobreza o entornos de violencia, entre otros factores como lo son los problemas locales como “altas tasas de desempleo, bajos niveles educativos, conflicto armado, ineficiencia del sistema judicial y una economía débil que difícilmente puede involucrarse ventajosamente en la dinámica del Nuevo Orden Mundial para sacar adelante a su población.” (Ripoll, 2008) Respecto a estos últimos afectan a los responsables del menor y pueden llegar a incurrir en la comercialización del mismo buscando lucrarse con su explotación o su venta. Entre los factores que contribuyen a la trata de personas es el conflicto armado, Colombia al encontrarse por mucho tiempo en un conflicto armado obtuvo un significativo número de personas afectadas por este delito, ya sea para reclutar al niño para ser combatiente o

para ejercer labores domésticas, o satisfacer las necesidades internas de los reclutadores. Actualmente en todo el mundo, los niños representan casi una tercera parte de las víctimas de trata detectadas. De cada tres víctimas menores, dos son niñas y una son niños. (UNDOC, 2014) y es por esta razón que se hace necesaria la creación de políticas de protección respecto a población, es así como El protocolo de Palermo reitera que el fin de la trata de personas es la explotación de la persona en diferentes dimensiones: puede ser explotación sexual, adopción ilegal, obligación de realizar trabajos forzados, matrimonio forzado, esclavitud y el más común el reclutamiento para formar filas en grupos armados.

Como ocurre en el caso de los adultos, la trata de menores puede tener distintos propósitos: la explotación sexual o laboral, el tráfico ilícito de órganos, los matrimonios forzados, las adopciones ilegales, el ejercicio de la mendicidad o la comisión de delitos menores en el país de destino son algunos de ellos. (Pérez, Carmen, 2014)

Respecto a los diversas dimensiones o formas de explotación que involucra la trata se debe recalcar que no siempre son ejercidas por redes criminales sino muchas veces sucede dentro del núcleo familiar del menor o allegadas al mismo.

- La explotación sexual o laboral: Es considerado el delito más recurrente dentro del fenómeno de trata. La OIM la define como una grave violación de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, y una forma de explotación económica análoga a la esclavitud y al trabajo forzoso, que constituye además un delito por parte de los que utilizan a niñas, niños y adolescentes para el comercio sexual OIM (s.f). Respecto a este tipo de explotación se estima que pueden llegar a causarse consecuencias mas graves o “Prejuicios sociales que dan pábulo a tolerar conductas consistentes en que las niñas en concreto, al igual que las demás personas sea cual fuere su condición, puedan ser explotadas y tratadas como mercancías.” (Cordero, 2012), es por ello que las niñas son mas las victimas mas recurrentes de este fenómeno o se encuentran en peligro constante de estarlo.
- Matrimonio Servil: Ocurre cuando se establece una relación filial de una persona con otra y una de ellas se ve privada de sus derechos y libertades más elementales, encontrándose en una situación de esclavitud. Un ejemplo de esto, son las mujeres que conocen a un hombre extranjero vía internet, quien les ofrece matrimonio y luego son explotadas doméstica o sexualmente. (OIM, s.f.) Respecto a esta

forma de explotación los niños, niñas y adolescentes son las víctimas adecuadas para la adaptación del mismo en sus nuevo entorno.

- **Mendicidad ajena:** Ocurre cuando una persona es obligada a pedir limosna dentro de Colombia o en el extranjero y luego les es arrebatado el dinero. Detrás de esta acción se encuentran personas que se lucran a través del sometimiento, la coacción y la amenaza. Aun cuando la mendicidad es un fenómeno recurrente además de evidente en Colombia, esta forma de explotación no ha recibido la atención adecuada por parte de las autoridades colombianas. (OIM, s.f.)
- **Trabajo forzado:** Cuando una persona es obligada a realizar un trabajo o servicio en el cual tiene que estar durante largas horas sin recibir un trato adecuado y sin ninguna claridad sobre su salario, contrato y horarios. El realizar trabajos forzosos implica el peligro constante en el que se encuentra la integridad y la vida de los menores víctimas del mismo. (OIM, s.f.).

El incremento de la explotación de menores de edad como manifestación de la trata, condujo a las autoridades internas de cada país y a los órganos internacionales que velan por el cumplimiento y la protección de los derechos humanos a generar estrategias en contra de este deplorable delito que en su mayoría ubica a los niños y niñas, como las víctimas perfectas de explotación.

2 IMPORTANCIA DEL PROTOCOLO PARA PREVENIR, REPRIMIR Y SANCIONAR LA TRATA DE PERSONAS, ESPECIALMENTE DE MUJERES Y NIÑAS

La delincuencia organizada transnacional, ha encontrado nuevas alternativas para cumplir sus objetivos y de igual manera los Estados y la comunidad internacional desarrollaron alternativas para combatir las nuevas modalidades de delitos. Con gran preocupación las Naciones Unidas en el año 2000, creó la Convención en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional acompañada de tres protocolos. El protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, este último se estableció con unos fines determinados, los cuales son:

- a) Prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y los niños; b) Proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos; y c) Promover la cooperación entre los Estados Parte para lograr esos fines. (Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.)

Frente a la trata y su evolución histórica han surgido diferentes tratados internacionales, según la doctora Staff Wilson (2011) se inicia en 1904 con El Acuerdo Internacional sobre represión de la trata de blancas, en 1910 la Convención Internacional para la represión de la trata de blancas. En 1921 el Convenio Internacional para la suspensión de la trata de mujeres y niños migrantes, en 1933 surge el Convenio Internacional para la represión de la trata de mujeres mayores de edad. Ya en 1949 el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, se expande la categorización de víctimas de trata a “personas”, eso no solo involucra a mujeres sino a niños, niñas y hombres; sin embargo se debe recalcar que la mayoría de víctimas y las vulnerables son las mujeres y los menores de edad, por ello en el año 2000 las Naciones Unidas transforma el concepto de trata de personas y crea el protocolo de Palermo.

Para lograr el primer fin del protocolo es necesario dismantelar las organizaciones criminales transnacionales que mercantilizan personas con ánimo de explotación y este propósito se logra internamente dentro de los Estados. “La globalización económica y comercial, los flujos internacionales de personas, la desaparición de controles fronterizos, el surgimiento de nuevos mercados, la facilitación de las comunicaciones y el auge de la Internet han sido aprovechados por los grupos criminales” (Sandoval Mendiola, s.f. p. 53) Por ende es en estos factores en los que se deben intervenir para lograr la desarticulación de esos grupos y con ello prevenir que nuevos menores sean víctimas, se comprende además que “La transgresiones a la dignidad humana informan, delatan y evidencian condiciones de vida intolerables” (Agudelo y Riaño.2013) por ello la asistencia médica y psicológica debe ser inmediato si se involucran menores de edad, además, se debe respetar la intimidad para así proteger la identidad, así mismo es necesaria la intervención del país de origen o de donde se produjo el traslado. Cuando se realiza la valoración de un menor es necesario realizar el debido análisis del entorno social en el que se encontraba y establecer si el mismo entorno causó la explotación del menor por parte de terceros, teniendo en cuenta que “el Estado mismo debe velar por la protección de los derechos de cada integrante de la

familia con la intervención de las autoridades competentes” (Amézquita, 2014) por consiguiente si las autoridades encargadas de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes actúan de manera negligente cuando se evidencia abuso y violencia en el hogar, las mismas se pueden llegar a considerar responsables de posibles casos de trata.

3 EL RECLUTAMIENTO DE MENORES DE EDAD COMO LA MANIFESTACIÓN DE LA TRATA EN COLOMBIA

El territorio colombiano ha sido escenario de los constantes enfrentamientos entre guerrillas, grupos paramilitares y las fuerzas armadas del Estado, “Los conflictos armados, tanto de carácter internacional como internos permiten observar las variaciones que se han presentado en el uso de la violencia y los dispositivos de terror por parte de quienes se encuentran en la disputa” (Camelo, 2012) así mismo se evidencia que un gran porcentaje de víctimas son menores de edad, teniendo en cuenta que además de los escenarios de violencia, abusos, desplazamientos forzados, entre otros delitos, uno de los que más ha causado la indignación y el rostro más significativo de la guerra ha sido el reclutamiento de niños para conformar las filas de los grupos guerrilleros, paramilitares y criminales actores del conflicto en Colombia, “El Reclutamiento Forzado en Colombia es preocupante existen 14.000 niños reclutados entre los 7 y los 18 años de edad. Es el tercer país con mayor índice de pequeños soldados, y es el caso más preocupante de América Latina.” (Vargas, 2012)

Colombia antes, durante y después del conflicto armado debe proteger los derechos de la población específicamente los de los más vulnerables, en este caso los niños, niñas y adolescentes.

Día a día, los actores armados reclutan menores de 18 años, los utilizan como carne de cañón o carnada para infligir daños a sus enemigos. Cientos son desplazados. Las niñas no solamente son las compañeras sexuales de los irregulares, sino que son forzadas a prostituirse” (Defensoría del pueblo, 2003).

Respecto a eso se debe tener prioridad en las políticas de cambio para evitar la generación de más “niños soldados”; término

que es preocupante por la vulneración que hace el mismo a los Derechos Universales de los niños.

La vulnerabilidad de los niños en los conflictos armados es una cuestión que ha estado presente para el Comité de los derechos del niño, y no son pocas las veces en las cuales los temas de las observaciones se enlazan con la situación de los niños cuando en las zonas en las que habitan hay conflictos internos. (Guío, 2016).

Sin lugar a dudas, el reclutamiento es uno de los más graves y repudiados crímenes que se pueden cometer, porque suponen la negación de los derechos fundamentales de los más débiles, el desconocimiento de su dignidad humana, la imposibilidad de su derecho a decidir; en definitiva, la supresión de toda manifestación de libertad. (Ramírez, 2010, p. 116).

La vinculación de un menor de edad a un grupo armado genera una ruptura social y moral, debido a que el restablecimiento de derechos o la resocialización de una persona que fue parte activa de la guerra y que cometió múltiples delitos, puede llegar a ser deficiente teniendo en cuenta que su criterio y carácter los determinó el conflicto. “Los impactos sobre los niños y niñas y las comunidades son graves: se quiebra el estado psicológico, emocional y cultural tanto para el niño o niña reclutada, como para la comunidad a quien le quitan un miembro” (Cabrera, et al, 2003)

Al percibir el gran número de menores de edad que conformaban la guerrilla, los grupos paramilitares y criminales las organizaciones defensoras de los derechos de los niños generaron la conceptualización adecuada para este fenómeno además para comprender las labores que cumplen. El uso y el reclutamiento crean un fuerte impacto en las construcciones sociales, planes de vida, reproducción de la guerra y asignación de roles que solo los adultos deberían tener. (Torres, 2016)

Se define como niño soldado “todo menor de 18 años que forma parte de cualquier tipo de fuerza armada regular o irregular o grupo armado en cualquier capacidad, como, por ejemplo, aunque no solamente: cocineros, portadores, mensajeros, y cualquiera que acompaña a estos grupos que no sean miembros de la familia. Incluye niñas y niños reclutados para practicar actividades sexuales y/o contraer matrimonio

obligatorio. La definición, por tanto, no solamente se refiere a un niño o niña que porta, o ha portado, armas (UNICEF, 1997).

Los menores de edad se ven forzados a hacer parte de un grupo determinado de manera voluntaria, forzosa. Cuando sucede el reclutamiento de manera voluntaria en la mayoría de los casos, el menor de edad se ve inclinado a integrarse al grupo por el entorno social o familiar en el que se encuentra, además del anhelo de seguridad, protección y poder que requiere para evitar o no repetir los posibles abusos a los que ha sido sometido antes de su reclutamiento. Es por ello que en situaciones de conflicto se debe tener como propósito la protección de los menores de edad y así mismo se deben ejecutar las estrategias necesarias para el mejoramiento de sus condiciones sociales, económicas y familiares, dado que son factores cruciales que forman el criterio del menor, “El reclutamiento voluntario suele ser resultado de la especial vulnerabilidad que afrontan niños y niñas en situaciones de pobreza, abuso, discriminación y exclusión” (UNICEF, 2007), (Hinestroza-Arenas, 2004.) Los derechos de la minoridad en Colombia no pueden estar sometidos a tiempos de paz o de guerra, a condiciones de pobreza o riqueza entre otros elementos que conllevan a que sean sujetos vulnerables y las víctimas perfectas de explotación en las diferentes dimensiones.

El reclutamiento forzado sucede cuando el niño por medio del uso de la fuerza, amenazas o determinadas circunstancias accede a formar parte del grupo armado, viciando su voluntad por el temor. “El reclutamiento forzado implica el uso de sistemas de cuotas por territorio, secuestro, amenazas a los menores y cohesión a sus familiares” (McConnan & Uppard, 2001). Por último. “El reclutamiento obligatorio es aquel practicado por las fuerzas armadas nacionales de acuerdo con lo dispuesto en su legislación interna” (Hinestroza , 2007, p. 48) sin embargo este tipo de reclutamiento no abarca a la población menor de edad en Colombia, solo aplica para personas mayores de 18 años.

La discusión respecto a las causas del reclutamiento se relaciona con la desigualdad social, el olvido y la ausencia de las autoridades estatales, ya que las familias específicamente las que se residen en zonas rurales carecen de las condiciones de bienestar básicas como la salud, la educación, el trabajo entre otras y suele suceder que las familias que se encuentran en pobreza extrema

buscan el vinculamiento a los grupos al margen de la ley para suplir sus necesidades.

Un 71 por ciento de las víctimas son hombres. Los actores armados reclutaban a los niños en colegios, en campeonatos deportivos o, hasta, en sus propias casas. Aunque muchos niños fueron reclutados para desempeñar tareas desde sus propias comunidades como ser informantes, los que terminaron en el monte se desempeñaban principalmente como cocineros, guardias, mensajeros, maleteros, enfermeros, comandantes de escuadra y combatientes regulares. (El Tiempo, 2018)

La ausencia de las autoridades estatales en algunas regiones del país, ocasionaron que los grupos armados y las bandas criminales aprovecharan la realidad social que muchos menores atraviesan en Colombia.

Las fuerzas irregulares explotan la vulnerabilidad de los niños. Organizan campañas de reclutamiento en la que se presenta el atractivo de la vida del guerrillero y se tienta a los niños con promesas de dinero y un futuro más prometedor. Algunas familias envían a sus hijos a combatir porque no pueden mantenerlos y saben que la participación de un grupo armado les garantiza una comida decente, ropa y protección. (UNICEF, 2003)

Para terminar con el reclutamiento de menores, es necesario llegar a un conceso entre los grupos armado y el Estado para la terminación del conflicto y así mismo evitar la figura de “niños soldados” en Colombia. Desde que iniciaron las conversaciones para llegar al acuerdo de paz, inició la lucha para combatir la explotación de los menores en Colombia con ocasión de la disputa de hace más de 50 años. “Los derechos de las víctimas se entienden como derechos fundamentales que deben ser reivindicados por una afectación sensible y grave” (Cáceres, 2013)

En la ley 1448 de 2011 se definen como víctimas en el artículo 3, parágrafo 2 se determinó: “Los miembros de los grupos armados... no serán considerados víctimas, salvo en los casos en los que los niños, niñas o adolescentes hubieren sido desvinculados del grupo armado organizado al margen de la ley siendo menores de edad.” Conforme a esto, cuando se realizaron los diálogos de paz en

Colombia, respecto al punto de reparación a las víctimas, se estableció que las FARC, entregarían a todas las personas menores de edad como forma de reparación a las mismas y sus familias.

4 ESTRATEGIAS DEL ESTADO COLOMBIANO EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE MENORES DE EDAD

La Constitución Política de Colombia, busca la protección a la dignidad y derechos del ser humano, específicamente en el artículo 17 se expresa dicha disposición y se prohíbe todo tipo de esclavitud, servidumbre o trata de seres humanos y en concordancia con el artículo 44 sobre la protección especial de los niños en Colombia, se materializaron todos los derechos de los que son titulares los mismos consagrados en los convenios internacionales, es por ello que desde la máxima norma en Colombia se protege al menor de todo tipo de exportación. Sin embargo frente a la recurrencia de esta problemática, la comunidad internacional ha mostrado gran preocupación puesto que “La trata de personas plantea un doble problema de políticas públicas, pues afecta los derechos fundamentales de las personas y la seguridad de los Estados” (Montenegro y Fontaine, 2014)

Cuando la trata de personas en Colombia y nivel mundial empezó incrementar, se observó la necesidad de crear una ley que tuviese como fin la represión a este delito y la atención a las víctimas de este fenómeno, y es así como nace la ley 985 de 2005 en acompañamiento de la Convención de las Naciones Unidas en contra de las organizaciones Criminales Transnacionales y el protocolo para Reprimir, sancionar y prevenir la trata de personas especialmente de mujeres y niños ratificada en el año 2000, dicho convenio entra en Colombia como la ley 8000 de 2003. Uno de los grandes rasgos de esta ley es la importancia que se le da a las víctimas y la atención que deben recibir teniendo el estado de vulnerabilidad en que se encuentran. Así mismo respecto a las víctimas menores de edad, la ley 985 de 2005 establece que la atención y asistencia estará a cargo del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), entidad que además de la atención médica y social, debe gestionar el retorno del menor al sistema educativo y verificar el entorno familiar del mismo, que debe contar con las garantías de la no repetición de los hechos victimizantes, además de la confirmación que dentro del núcleo familiar del niño no estén involucrados los tratantes, en este orden de ideas el Comité Interinstitucional para la lucha contra la trata

de personas dentro de sus múltiples funciones esta la revisión de debido cumplimiento de los Convenios Internacionales a los que se ha suscrito Colombia respecto a Derechos Humanos y la trata.

En el año 2012 la Corte Constitucional de Colombia se pronunció frente a el “caso Amalia”, se estima que:

La categoría de víctima de fenómenos como la trata de personas, no puede supeditarse a la existencia de un proceso penal, y que la perspectiva penal no puede ser la única ni la más importante para abordar el problema. Más que un asunto de política criminal, la trata de personas es un problema de violación de derechos humanos y desde esa perspectiva deben protegerse los derechos de las víctimas. (Sentencia T-1078 de 2012, Corte Constitucional).

El Código Penal colombiano en el artículo 188 A tipifica el delito de trata de personas, El que capte, traslade, acoja o reciba a una persona, dentro del territorio nacional o hacia el exterior, con fines de explotación, sin embargo “de acuerdo con la normatividad existente en Colombia, el delito de trata de personas con fines de reclutamiento forzado cuando la víctima es menor de edad no está tipificado de manera explícita” (Cubides, Chacón, Rodríguez, 2017, pg. 53), aun así la comunidad internacional en la lucha para la protección de menores de edad ha establecido que cuando existe explotación de un menor de edad el fenómeno de trata se manifiesta y cuando sucede en ocasión de reclutamiento y a raíz de la falta de normatividad respecto a este tipo de explotación:

Según la UNDOC (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito) en Colombia el traslado de seres humanos con fines de explotación, ocurre dentro del mismo territorio en un 72% de los casos identificados, teniendo en cuenta las estadísticas anteriores, se puede llegar a determinar que las organizaciones criminales que tienen como negocio la trata de personas, se encuentran dentro del Estado Colombiano y se hace mas accesible lograr desmantelarlos (UNDOC, s.f.)

CONCLUSIONES

Los problemas o vacíos a los que se enfrentan los Estados deben ser combatidos mediante reformas legislativas, políticas

públicas entre otras alternativas para así evitar que las organizaciones criminales se beneficien de la precariedad en las que viven algunas familias en el caso de la pobreza extrema. Se deben combatir las causas que originan en algunas situaciones la voluntariedad de los menores a someterse a la explotación. Un factor importante que conduce a este fenómeno es la violencia intrafamiliar y la pobreza a la que están sometidos muchos niños en Colombia, por ello cuando existe negligencia por parte de las entidades que velan por la protección de los menores se incrementan las posibilidades de que personas o grupos criminales deslumbren a los mismos con promesas de bienestar o cambio. Uno de los principales desafíos para evitar la trata de niños es evitar que los menores víctimas salgan del país, pues así disminuyen las posibilidades de recuperarlo y dentro del mismo territorio de su reclutamiento se pueden dismantelar a las bandas que actúan ilegalmente; cabe aclarar que no en todos los casos de trata están involucradas organizaciones criminales sino puede ser ejecutada por miembros del núcleo familiar del niño, niña o adolescente.

Según el Comité Interinstitucional para la lucha contra la trata de personas se indicó que los países de traslado de las víctimas son China, México, España, Ecuador, Panamá, República Dominicana, Argentina y Chile y justamente con estos países es que se deben agudizar las políticas migratorias y así poder dismantelar las redes transnacionales dedicadas a la trata. Si la trata involucra niños, niñas y adolescentes debe existir cooperación internacional, esto hace referencia a que las entidades encargadas de la protección a los menores de los países anteriormente mencionados deben crear nuevas formas de lucha en contra de las redes criminales.

El concepto de “niño soldado” no debe ser implementado en ningún tratado puesto que los menores no deben estar inmiscuidos en los conflictos internos, así mismo reclutarlos y tener como finalidad su explotación en las distintas labores que abarca la guerra, es por esta razón que se cuestiona la labor del Estado Colombiano y sus fuerzas armadas frente a esa poca intervención que se realizó a los territorios más vulnerables y a los que pertenecían los niños reclutados. Aun en tiempos de paz con los grupos paramilitares y la antigua guerrilla FARC-EP, el grupo guerrillero ELN aun genera expectativa frente a las medidas que tomara el gobierno para prevenir el reclutamiento de menores y no cometer los errores del pasado, como lo fue el olvido y la indiferencia hacia las necesidades de las víctimas.

El Estado Colombiano se enfrenta a un gran desafío respecto a la misión que emerge después de la desarticulación del grupo las FARC y la reparación que deben recibir las personas que hayan sido reclutadas siendo menores de edad y además la resocialización e integración de los menores que fueron entregados, así mismo los niños, niñas y adolescentes víctimas deben ser reparados en el menor tiempo posible respecto a la inmediatez que debe haber para la restitución de derechos. Del mismo modo el gran reto que tiene la legislación Colombiana es tipificar el delito de trata de menores con fines de explotación respecto al reclutamiento ya sea por grupos armados, por particulares o por bandas criminales locales, debido a la gravedad del delito y la agudización que el mismo debe tener cuando se involucran menores de edad. El llamado que hacen las Convenciones y los tratados que luchan por la protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes es que los países tanto emisores como receptores de víctimas de trata apliquen políticas penales que logren reducir el aumento de esta problemática.

REFERENCIAS

Doctrina

Miranda da Silva, A. (2014). Tráfico de personas: una banalización más del mal moderno. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 8(2), 111-133. doi: <http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2014.8.2.6>

Cárdenas J, Chacón N y Rodríguez C (2017) "Reclutamiento ilícito de niños y niñas en Colombia: marcos de protección en el derecho internacional de los derechos humanos." En J. Cubides (Ed), *Desafíos contemporáneos en la protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano* (pp 31-55) Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia

Casi 17.000 menores fueron reclutados para la guerra entre 1960 y 2016 (12 de febrero de 2018) *El Tiempo*. Recuperado de : <http://www.eltiempo.com/justicia/conflicto-y-narcotrafico/primer-informe-sobre-reclutamiento-de-menores-para-la-guerra-181522>

De Castro, Alejandra R. (2008). Colombia: semillero para la trata de personas. *Revista Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, 3(1), 174-175.

Eleonora, Parra (2012) Niñas víctimas de trata. Desde los derechos humanos a la ética del cuidado. *Revista de Estudios jurídicos UNESP*. Texto disponible: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=trata+de+ni%C3%B1os

Cáceres Mendoza, E. (2013). Justicia transicional y derecho a la reparación integral. Aproximación al caso colombiano. *Novum Jus: Revista Especializada En*

Sociología Jurídica Y Política, 7(2), 55-87.

doi:<http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2013.7.2.2>

Amézquita Romero, G. (2014). VIOLENCIA INTRAFAMILIAR: MECANISMOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 8(2), 55-77.

doi:<http://dx.doi.org/10.14718/NovumJus.2014.8.2.3>

Guío, R. (2016) "La protección jurídica para los niños en el conflicto armado colombiano: de la declaración de Ginebra al protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Estándares internacionales para tener en cuenta en el proceso de paz colombiano" En Vivas, T. (Ed) *Derechos Humanos , paz y posconflicto en Colombia (105-124)* Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia

Camelo, H. (2012). TRANSFORMACIONES DE LAS LECTURAS DE LA VIOLENCIA EN COLOMBIA. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*, 6(2), 69-86. Recuperado

de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatonica/index.php/Juridica/article/view/665/683

Hinestroza Arenas, Verónica (2007) "Reclutamiento de niños y niñas: fenómeno invisibilizado, crimen manifiesto", en Oasis 2007-2008, núm. 13, Centro de Investigaciones y Proyectos Especiales, CIPE, Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales, Universidad Externado de Colombia, pp. 45-60.

Montegro , V y Fontaine, G (2014) La lucha contra la trata de personas en Colombia(2008-2013).*Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*. ISSN 1390-4299. Disponible en:

file:///C:/Users/Laura%20Alejandra/Documents/Congreso%20de%20Argentina/cita%20%25.pdf

Oscar Agudelo, Angela Riaño (2016) Ciudadanía y Nación: políticas de control fronterizo e inmigración. *Novum Jus: Revista Especializada En Sociología Jurídica Y Política*

http://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatonica/revistas_ucatonica/index.php/Juridica/article/view/1318/1251

Pérez, Carmen (2014) La protección de los menores víctimas de la trata de seres humanos: algunas precisiones en torno al principio de diligencia debida.

LEX, 12(13), 69-88.

Sandoval, Juan. La lucha contra la delincuencia organizada transnacional en las Américas: liderazgo de México en la OEA. *Revista mexicana de política exterior*, 52-83.

Torres, F (2016)"Verdad, justicia y reparación: aplicación del estándar internacional en el marco del posconflicto para niños, niñas y adolescentes (NNA)". En J. Becerra (Ed), *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia(pp 135-151)*Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia

Vargas Martin, (5 de noviembre de 2012) Reclutamiento forzado ilegal.

Recuperado de : <http://reclutamientoforzoso.blogspot.com/>

Víctor , Ronquillo (2007) Los niños de nadie. Trata de personas a ras del asfalto. Revista científica , ISSN 1794-192x , (págs. 159-160) Texto disponible en : https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TOD O=trata+de+ni%C3%B1os

Wilson, Mariblanca. (2011). Recorrido histórico sobre la trata de personas. *Revista de PADH*, texto disponible en: <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temasdeanálisis2/violenciayderechoshumanos/staff.pdf>.

Instrumentos Internacionales

Conceptos Generales. Organización Internacional para las migraciones OIM. Fecha de acceso: 12 de julio de 2018. Recuperado de: <http://www.oim.org.co/conceptos-trata.html>

Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, y protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la Trata de personas, especialmente de mujeres y niñas.

Convención de los Derechos del niño.

Explotación Sexual Infantil. Organización Internacional del trabajo. Fecha de acceso: 12 de julio de 2018. Recuperado de : <http://www.ilo.org/ipecc/areas/CSEC/lang--es/index.htm>

Oficina de las Naciones Unidas contra las drogas y el delito (2014) Informe Mundial sobre la trata de personas: Resumen ejecutivo. Recuperado de : https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf

UNICEF(Mayo de 2006) Hojas informativas sobre la protección a la infancia. Recuperado de: https://www.unicef.org/spanish/publications/files/Hojas_informativas_sobre_la_proteccion_de_la_infancia.pdf

Ley

Constitución Política de Colombia.

Defensoría del Pueblo (2014) Prevención del reclutamiento de niños , niñas y adolescentes. Recuperado de : https://documentop.com/prevencion-del-reclutamiento-de-nios-nias-y-adolescentes_59fa8d8a1723ddb79be8c356.html

Defensoría del pueblo. (12 de Mayo de 2003). Resolución Defensorial Humanitaria N° 017 Sobre la situación de derechos humanos de la población desplazada en el municipio de Buenaventura. Recuperado el Abril de 2010, de <http://www.defensoria.org.co/pdf/resoluciones/regional/regional17.pdf>

Ley 1448 de 2011, Diario oficial No. 48.096 de 10 de junio de 2011

Ley 8000 de 2003, Diario Oficial 45131 de marzo 18 de 2003.

Ley 985 de 2005. Diario oficial 46.015 de 29 de agosto de 2005.

Sentencia T-1078 de 2012, Corte Constitucional.

A AFERIÇÃO DA INIMPUTABILIDADE PENAL E O EXAME CRIMONOLÓGICO COMO INSTRUMENTOS DE PAZ NO CÁRCERE

Milton Mamani Mamani¹

Fausy Vieira Salomão²

Cristina Veloso de Castro³

INTRODUÇÃO

O trabalho em análise foi alicerçado em um farto acervo bibliográfico, assim, balizando o presente ensaio, amparado pelo método dedutivo de análise, afim de esmiuçar os conceitos e aspectos da inimputabilidade na atual dogmática jurídico penal moderna, visando desvendar os aspectos da inimputabilidade que recaem sobre a política criminal por parte do Estado, que deve apoiar-se em conceitos humanitários e jurídicos, juntamente com as demais ciências com o desiderato de elucidar o estudo da loucura no âmbito penal.

Parte-se da premissa histórica da evolução do conceito de loucura e posterior análise jurídico evolutivo da higidez mental na seara criminal, uma vez que o estudo da inimputabilidade sem entender os institutos jurídicos anteriores deixaria o presente trabalho

¹ Graduado em Direito pela UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais.

² Professor de Direito Penal, Processual Penal e Criminologia da UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais e doutorando pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

³ Professora de Direito Constitucional da UEMG – Universidade do Estado de Minas Gerais e Pós doutora em Direito pela Universidade de Messina – Itália.

com uma enorme lacuna, dessa maneira, acarretando uma perda inestimável e, conseqüentemente, prejudicando de maneira acintosa o estudo.

Um dos pontos primordiais do ensaio foi entender como o Poder Público, seja no âmbito internacional e pátrio, tratava os doentes mentais, traçando um acurado estudo histórico da loucura, dessas forma, traçando um paralelo histórico e jurídico das doenças e perturbações mentais, assim, culminando na plena compreensão do estudo e seus aspectos no Direito Penal e Processual Penal, tendo em vista que o legislador, que, num primeiro momento, enxergava o autor da conduta inimputável como um sujeito sem direitos inerentes à todos, posteriormente, verificou-se que o autor do injusto penal passou a ter um tratamento ambulatorial e profilático, consolidando o viés humanístico e deixando para trás o passado sombrio e obscuro de castigos corporais e intenações arbitrárias.

Compreender o conceito de inimputabilidade penal no âmbito jurídico e médico exige um apurado tirocínio, tendo em vista que os conceitos não se confundem, contudo, elas coexistem em uma espécie de simbiose. O legislador não pode, e nem deve, simplesmente ignorar o conceito médico de doença ou perturbação mental para elaborar normas penais, o bom jurista é aquele que possui uma formação humanística sólida, amparando-se nas demais ciências para que o Direito Penal não se torne arbitrário no tocante aos inimputáveis. Entender o conceito moderno de inimputabilidade é essencial para um pleno desenvolvimento do trabalho.

Ultrapassada esse primeiro momento, o presente ensaio adentra no espinhoso mérito da verificação da inimputabilidade em razão da ausência de higidez mental. Imperioso destacar que essa é uma missão árdua, uma labuta meticulosa, uma tarefa hercúlea que é incumbida ao psiquiatra-forense, que, após a decretação da elaboração de sanidade mental sobre o agente que apresenta indícios de inimputabilidade, deverá elaborar um meticoloso laudo psiquiátrico para auferir a sanidade mental do agente da conduta no momento da ação ou omissão delituosa. A elaboração do laudo é crucial para o deslinde do processo criminal, pois uma vez constatada a loucura, o autor do injusto não receberá uma pena no sentido estrito, mas sim uma medida de segurança, conforme o artigo 96 do Código Penal.

Conforme exposto, no desenvolvimento do trabalho, foi verificado a importância da Psiquiatria, uma vez que tal ciência visa

estudar a psique e o comportamento humano. Compreender o seu surgimento e sua posterior autonomia como ramo da Medicina é fundamental para uma análise detalhada, assim, culminando em um ensaio sólido, coerente e eficiente, não se pautando em meras divagações, embutes, chicanas jurídicas ou devaneios. O Direito Penal não deve, em hipótese alguma, amparar-se em subjetivismos, deve ter a letra da lei um tom límpido e cristalino.

O artigo 26 do Código Penal foi o norte do trabalho, sem ele nada poderia ser estudado e analisado de forma sagaz e racional. O aludido artigo foi destrinchado em todas as suas matizes e aspectos, não se detendo meramente na inimputabilidade em razão da doença mental ou desenvolvimento mental incompleto. Tal análise pavimentou de forma sólida e pragmática o caminho do trabalho, pois o tema, ainda que não seja o intuito do trabalho, adentra em aspectos filosóficos e sociológicos, uma vez que o ser humano é único em sua essência, forma de pensar e de se portar perante o mundo, com o agente inimputável não seria diferente.

Nesse diapasão, o Estado deve formular políticas públicas e criminais acerca da inimputabilidade em razão da falta de higidez mental. Encarcerar um autor inimputável é um erro crasso e com consequência imensuráveis, por essa razão a medida de segurança e sua aplicação recebeu grande atenção neste trabalho, não seria possível conceber uma grandioso ensaio sobre a questão do louco sem abarcar o instituto da medida de segurança e todos os seus aspectos que, ainda, causa grande celeuma na comunidade jurídica e jurisprudência, pois o legislador e à Psiquiatria ainda caminham no terreno pantanoso da inimputabilidade e semi-imputabilidade, muitas vezes, seus conceitos se confundem e tornam o trabalho do magistrado e dos demais operadores do direito em uma missão inglória.

O presente estudo se divide em 4 capítulos, sempre amparado em vasta bibliografia, almejando analisar cada minucia e todos seus reflexos acerca da inimputabilidade. O 1º capítulo se destina ao estudo da evolução histórica da loucura, se debruçando sobre o semblante histórico geral e nacional, pois sua compreensão é salutar para o total entendimento da inimputabilidade. O 2º capítulo abarca a evolução da legislação brasileira desde os tempos da Coroa Portuguesa até os dias atuais, buscando sempre um estudo alicerçado na objetividade e pertinência dos institutos jurídicos analisados. A 3º parte se destina em uma meticulosa e árdua análise

da inimputabilidade no sentido moderno da dogmática penal, é o capítulo mais longo e que exigiu uma dedicação espartana, o seu desenvolvimento, como de praxe, buscou fulcro em um belíssima chusma bibliográfica. Por derradeiro, o 4º capítulo tem o desiderato de analisar a evolução da Psiquiatria e sua relevância para o Direito Penal, sem olvidar a pertinência e as controvérsias da elaboração do laudo de sanidade mental. Ainda, foi possível, realizar uma graciosa análise de caso concreto, visando dar efetividade ao presente estudo.

Espera-se, piamente, que o presente estudo traga uma singela e imensa contribuição para o Direito Penal e Processual Penal, pois o estudo da inimputabilidade é salutar para o pleno entendimento e aplicação dos institutos penais no caso concreto, por exemplo, elaboração do laudo de sanidade mental e aplicação da medida de segurança, bem como de sua aplicação. É com imenso ímpeto e dedicação que o trabalho foi desenvolvido, buscando, sempre, um tratamento humanitário e legalista para o autor do injusto que é afetado pela ausência de higidez mental, uma vez que este, após análise do caso concreto, não pode conviver em sociedade, dessa maneira, deve receber seu tratamento adequado, pautado sempre nas garantias de um Estado Democrático de Direito.

1 CRIME E LOUCURA

Pode-se conceituar a inimputabilidade como a ausência de discernimento para entender o caráter ilícito no momento da ação ou omissão do fato, ou seja, inimputável é o indivíduo que não goza da plena faculdade mental. Sobre essa análise:

Admitindo-se que a culpabilidade é um juízo de reprovação e assentado que somente pode ser responsabilizado o sujeito pela prática de um fato ilícito quando poderia ter agido em conformidade com a norma penal, a imputação exige que o agente seja capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento. Essa capacidade só existe quando tiver ele uma estrutura psíquica suficiente para querer e entender, de modo que a lei considera inimputável quem não a tem. A imputabilidade é aptidão para ser culpável, pressuposto ou elemento da culpabilidade; imputável é aquele que tem capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nos termos do Código, excluem a imputabilidade e, em consequência, a culpabilidade, a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26), a menoridade (art. 27) e a embriaguez fortuita completa (art. 28, § 1º). (MIRABETE, 2007, p. 263).

Conforme exposto, o conceito da inimputabilidade é bem singelo, uma vez que o Código Penal traz um rol taxativo de todas as excludentes da imputabilidade, ou seja, inimputável é somente aquele que é afetado pelas possibilidades elencadas no diploma repressivo. Dessa maneira, a regra é que, de maneira geral, parte-se da premissa que todos são plenamente imputáveis, quando não o sejam, devem, obrigatoriamente, se amoldar às hipóteses estabelecidas. Saber se o agente da conduta era, no momento do fato, capaz ou não de entender o caráter ilícito é de suma importância, pois deste juízo se saberá se o agente receberá uma pena no sentido estrito ou uma medida de segurança.

Dessa maneira, é possível constatar-se que uma pena no sentido de prevenção e repressão não alcançaria seu objetivo no tocante ao inimputável, pois este não detém a higidez mental para entender e portar-se diante da norma incriminadora, tendo em vista que lhe impor uma pena no sentido estrito e que seja cumprida em um estabelecimento prisional perde todo o sentido. Ao inimputável deve ser sempre imposta uma medida de segurança, jamais existindo a possibilidade de acumulação entre pena e medida de segurança.

É cediço que o artigo 26 do Código Penal traz o dispositivo legal sobre a inimputabilidade, que no estudo em testilha, se debruçará sobre o inimputável em razão da loucura. Convém, antes de adentrar ao cerne da questão, esclarecer, ou ao menos tentar, elucidar e tornar palatável o conceito de “doença mental”, tendo em vista que tal definição e conceituação é fundamental para o entendimento e desenvolvimento do presente ensaio. Para parte da doutrina, o conceito por ser amplo e abstrato se amolda melhor ao Código Penal, pois, dessa forma, consegue abarcar o maior número de psicopatologias. Sobre esse enfoque:

Em tema de inimputabilidade penal, doença mental é toda manifestação nosológica, de cunho orgânico, funcional ou psíquico, episódica ou crônica, que pode, eventualmente, ter como efeito a situação de incapacidade psicológica do agente de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Não é necessário que cause os dois efeitos (falta de entendimento e possibilidade de autodeterminação) ao mesmo tempo; basta um. O conceito é tomado de forma ampla, incluindo estados que não são propriamente doenças mentais, como o desmaio e o delírio febril. É possível dizer, com Enrique Bacigalpo, que o conceito jurídico de doença mental não se sobrepõe exatamente ao conceito médico de enfermidade mental.

Repita-se; não basta somente a doença para excluir ou diminuir a imputabilidade. É necessário que a enfermidade cause o vício de entendimento ou de vontade. Desta maneira, o epilético pode ter restituídas estas capacidades em situação de plena responsabilidade penal, entre um acesso e outro, embora rigorosamente continue doente.

É necessário que haja um aspecto patológico na manifestação mental. A anomalia de caráter e a imoralidade constitucional não excluem a responsabilidade (Pannain e Antolisei). (FUHRER, 2000, p. 55).

Conforme se depreende, a visão jurídica de doença mental não se confunde com o conceito elaborado pela comunidade médica, especificamente os profissionais da Psiquiatria e Psicologia. Entretanto, deve-se ressaltar que o jurista se ampara em ambas as ciências para fundamentar suas decisões e posicionamentos no que tange ao discernimento mental do agente da conduta que afrontou as normas penais. Nesta senda:

O termo “doença mental”, no campo penal, engloba todas as alterações mórbidas de saúde mental, independentemente da causa, referindo-se tanto às psicoses endógenas ou congênitas (esquizofrenia paranoia psicose maníaco-depressiva) ou exógenas (demência senil) paralisia geral progressiva, epilepsia, como também às neuroses e aos transtornos psicossomáticos.

Convém observar que a doença mental, em boa parte das vezes, não constitui uma entidade abstrata, identificável por características uniformes e constantes, dentro de um quadro nosológico pré-determinado; daí o porquê de, ainda hoje, persistir o conceito atribuído a Morel, segundo o qual, antes de se classificar rigorosamente as moléstias mentais, deve-se descrevê-las.

A manifestação da doença mental e sua evolução estão condicionadas à personalidade do doente. (PONTE, 2007, p. 42).

Em que pese o posicionamento de uma relevante parte da doutrina, as Ciências Jurídicas não podem, e nem devem, simplesmente ignorar as visões e avanços das demais ciências, precipuamente à Psiquiatria e Psicologia. O legislador deve adotar uma espécie de simbiose entre os conceitos definidos pelos juristas e os profissionais da área médica e social. Para o bom desenvolvimento do trabalho, não podemos deixar de trazer o conceito de “doença mental” por parte da comunidade médica. Veja-se:

Alguns autores de orientação fenomenológica e existencial propõem conceituar a doença mental como perda da liberdade existencial (p, ex., Henri Ey). Dessa forma, a saúde mental se vincularia às possibilidades de transitar com graus distintos da liberdade sobre o mundo e sobre o próprio destino. A doença mental é constrangimento do ser, é fechamento, fossilização das possibilidades existenciais. Dentro desse espírito, o psiquiatra gaúcho Cyro Martins (1981) afirmava que a saúde mental poderia ser vista, até certo ponto, como a possibilidade de dispor de “senso de realidade, senso de humor e de um sentido poético perante a vida”, atributos estes que permitiriam ao indivíduo “relativizar” os sofrimentos e as limitações inerentes à condição humana e, assim, desfrutar do resquício de liberdade e prazer que a existência oferece”. (DALGALARRONDO, 2008, p. 33/34).

Em que pese a conceituação da Psiquiatria esteja mais ligado ao campo filosófico e existencial, contribui de forma grandiosa para o total entendimento e compreensão da doença mental, uma vez que aludida enfermidade apenas se manifestará no momento que a saúde mental encontrar-se abalada ou prejudicada por fatores ligados a personalidade do agente. Cada ser humano é único na sua essência e na forma de enxergar e de se posicionar no mundo, por inúmeras vezes o que é visto como normal por uma comunidade, pode ser vista como anormalidade, às vezes, associada a alguma doença mental, em outra comunidade. Portanto, a visão médica e jurídica devem coexistir, em uma espécie de simbiose, buscando alcançar caminhos para encontrar soluções e políticas públicas e criminais para tratar os inimputáveis.

Não se pode olvidar que o desenvolvimento mental retardado difere do conceito de doença mental, uma vez que este não possui nenhuma forma de entender o caráter ilícito do fato, isto é, não possui nenhum grau de consciência lúcida. Já aquele possui um certo grau de desenvolvimento mental, todavia, não alcançou a plena maturidade. Sobre esse prisma:

Desenvolvimento mental retardado é aquele que não conseguiu atingir a maturidade. Há um atraso ou uma parada na evolução mental. A categoria foi prevista pelo legislador do Código de 1940 para acolher os casos de oligofrenia e surdimutismo.

É bom observar que o simples descompasso pedagógico não induz necessariamente diagnóstico de desenvolvimento mental retardado. O atraso pode deitar raiz em inaptidão social ou individual, não equiparável a doença mental. (FUHRER, 2000, p. 66).

Essa diferenciação possui grande relevância, pois o agente que sofre de doença mental possui abordagem jurídica dispare quando comparado ao agente com desenvolvimento mental retardado ou incompleto, uma vez que este possui algum grau de discernimento e pode compreender o caráter incriminador da norma e portar-se de maneira diversa, ou seja, sabe e entende o que é errado no âmbito penal. Aqui não se exige que o agente conheça todas as normas criminais, apenas se exige que entenda e compreenda que tal fato é equivocado por si só, uma espécie de freio moral que cada indivíduo possui em sua mente, exceto os afetados por doença mental.

Imperioso destacar o termo “perturbação da saúde mental” utilizado pelo legislador pátrio, uma vez que sua definição deve ser esclarecida para o bom desenvolvimento do presente trabalho. Vejamos:

Diz-se a perturbação da saúde mental mais abrangente do que a expressão doença mental. Assim, a doença mental resta abrangida por aquela. Portanto, se a doença mental apenas reduzir a capacidade do agente, será o caso de este responder penalmente, infligindo-se-lhe uma pena reduzida, visto, como prefalado, estar a doença abrangida pela expressão mais ampla traduzida na perturbação. Em suma: a perturbação da saúde mental abrange a doença mental e outras causas que não constituem doença mental. Além desta, segundo grande parte da doutrina, enquadrar-se-iam nessa hipótese, v.g., a neurose grave, a psicopatia, o alcoolismo crônico moderado a toxicomania moderada, a neurose sem gravidade e a toxicomania leve, sendo as quatro primeiras mencionadas causas de semi-imputabilidade, e sendo as duas últimas não aptas a afetar a imputabilidade penal. (SILVA, 2015, p. 87).

Assim, contatada a perturbação mental, o inimputável não receberá uma pena no sentido estrito, isto é, cumprir uma pena imposta pelo Estado em um estabelecimento prisional convencional. O inimputável será absolvido impropriamente e submetido a uma medida de segurança, a constatação da inimputabilidade será realizada através de um laudo psiquiátrico.

Em que pese existir na doutrina a celeuma sobre a natureza jurídica da medida de segurança, fato é que após à reforma de 1984, o Código Penal deixou de adotar o sistema binário, que permitia que a medida de segurança fosse cumulada a uma pena, causando uma espécie de *bis in idem*, atualmente, o inimputável por doença mental

recebe apenas medida de segurança, jamais ambos cumulados. Estamos diante do que a doutrina chama de sistema vicariante. Após a verificação da inimputabilidade do agente da conduta, o indivíduo deve ser enviado para um estabelecimento psiquiátrico adequado para tratamento e não mero cumprimento de pena, que ocorre com os sentenciados. Sobre essa análise:

Absolvido o réu em razão da inimputabilidade, por ser portador de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, sendo inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento, presume-se sua periculosidade, devendo ser aplicada a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, em sua falta, em estabelecimento adequado. Permite a lei, porém, que o juiz substitua a internação por submissão a tratamento ambulatorial quando ao fato praticado pelo agente é cominada abstratamente a pena de detenção. Não havendo prova de maior periculosidade ou recomendação médica, a substituição se impõe. (MIRABETE. 2007, p. 735/736).

Assim, abstrai-se que a medida de segurança pode ser aplicada aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, conforme previsão legal do Código Penal. O magistrado competente decidirá no caso concreto a viabilidade da substituição da pena por uma medida de segurança baseado na periculosidade do agente e a espécie do delito praticado, visando um viés profilático e ambulatorial, nos termos do artigo 97 do Código Penal.

Pertinente ressaltar que um ponto que causa enorme celeuma na comunidade jurídica é a duração da medida de segurança. O ordenamento jurídico pátrio prevê que o cumprimento de pena não pode ser superior a 30 (trinta) anos, conforme disposto no artigo 5º, inciso XLVII, da Constituição Federal de 1988, que veda penas de caráter perpétuo. Sobre prazo mínimo da medida de segurança:

A medida de segurança, seja internação ou tratamento ambulatorial, é fixada na sentença por prazo indeterminado, devendo perdurar enquanto a cessação da periculosidade não for constatada por perícia médica.

Muito embora a duração do tratamento seja indeterminada, a sentença estabelece obrigatoriamente um prazo mínimo de duração, entre um e três anos.

Para estabelecer este prazo mínimo o juiz deve considerar única e exclusivamente os aspectos que relacionam à doença mental, à periculosidade efetivamente demonstrada e ao tratamento previsto.

Como “o inimputável é internado não para ser punido, mas sim para ser tratado”, não se justifica a fixação do mínimo com base na pena prevista para o crime ou na culpabilidade do agente, que, aliás, não tem culpa alguma.

Tudo recomenda que, não havendo qualquer ocorrência extraordinária, o prazo seja fixado no patamar menor, de um ano. O único efeito prático – altamente benfazejo, diga-se de passagem – será a realização da primeira perícia em menor tempo. Em consequência, terá o paciente maior fiscalização e cuidado com seu tratamento e com sua dignidade pessoal. Também o juiz e o promotor trabalharão com muito maior segurança e tranquilidade.

Superado o prazo mínimo, a perícia será realizada obrigatória e automaticamente de ano em ano. (FUHRER. 2000, p. 155).

Verifica-se, assim, que o inimputável em razão de doença mental pode sofrer uma medida de segurança até que sua periculosidade cesse, ou seja, o legislador presumiu a periculosidade do agente da conduta. A discussão em torno desse aspecto é tão grande que foi necessário que o Superior Tribunal de Justiça editasse a Súmula 572, com o seguinte teor: O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

Consoante o texto da supracitada súmula, a duração da medida de segurança não pode ter caráter indeterminado. É negável que a doutrina e a jurisprudência geram grandes embates entre aqueles que defendem o prazo máximo da medida de segurança e os que se opõem, sendo que os primeiros argumentam que enquanto não cessar a periculosidade, o agente deverá ser submetido a medida de segurança, podendo tal medida perdurar por prazo indeterminado, o que confronta o disposto na súmula 572 do Superior Tribunal de Justiça e o princípio da legalidade insculpido na Constituição Federal de 1988. Já aqueles que defendem que a medida de segurança deve ter prazo máximo de duração, argumentam que o inimputável em razão de doença mental não pode ter um tratamento desigual quando comparado aos imputáveis, pois os imputáveis possuíam, à época do delito, plena consciência do caráter ilícito de seu ato e poder se autodeterminar perante a norma penal.

Outro ponto que merece destaque, após a cominação da medida de segurança, é o local onde o agente deverá ser internado

para o tratamento adequado, uma vez que tais estabelecimentos se diferenciam dos estabelecimentos prisionais normais, nos termos do artigo 99 do Código Penal. Sobre esse prisma:

O submetido à medida de segurança de internação deve ficar recolhido em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, mas não sendo isso possível, a qualquer outro estabelecimento de características hospitalares, sendo sempre submetido aos exames psiquiátrico, criminológico e de personalidade (arts. 100 e 174, c.c os arts. 8º e 9º da LEP), bem como ao tratamento adequado. Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica psiquiátrica necessária, esta pode ser prestada em outro local mediante autorização da direção do estabelecimento (art. 14, § 2º, c.c o art. 42 da LEP). Deve-se possibilitar a internação em hospital particular quando não há estabelecimento adequado ao tratamento em hospital público desde que assegurada a custódia do internado. Permite a lei, aliás, que seja contratado pelo interessado médico de sua confiança pessoal, a fim de orientar e acompanhar o tratamento (art. 43, caput, da LEP). Não se permite, assim, a permanência do sentenciado em cadeia pública ou outro estabelecimento em que não lhe seja prestado o devido tratamento, constituindo o fato constrangimento ilegal sanável pela via dos habeas corpus. A solução, nesses casos, é a determinação de transferência para estabelecimento adequado ou, havendo impossibilidade dela, a substituição temporária pelo tratamento ambulatorial. (MIRABETE. 2007, p. 750).

Segundo o Código de Processo Penal, a análise sobre o entendimento e compreensão do caráter ilícito do fato deverá ser apurado mediante um laudo de sanidade mental, nos termos do artigo 149 do Código de Processo Penal, que deverá ser elaborado por um psiquiatra devidamente habilitado perante o juízo competente ou quando a parte interessada constituir um profissional da área que atuará como perito assistente, conforme o artigo 159 § 3º, do diploma processual penal, sendo este custeado pelo interessado.

É cediço que conhecimentos aprofundados sobre psiquiatria e perícia forense em geral fogem do entendimento do magistrado, dessa maneira, o juiz se ampara em laudos elaborados pelos profissionais gabaritados em suas respectivas áreas de conhecimento. É nesse momento que adentra ao cenário os conhecimentos técnicos e pertinentes proporcionados pela Medicina Legal.

Verifica-se, assim, a importância dos laudos periciais que contribuem para a elucidação dos delitos, sempre embasado pela ciência e conhecimentos técnicos a serviço da Justiça. No âmbito do laudo sobre a sanidade mental não seria diferente, o profissional encarregado sobre essa missão hercúlea é o psiquiatra forense, que atua em demandas judiciais, assim, possuindo um bagagem para elaborar laudos que sirvam como parâmetro na análise do magistrado.

Hodiernamente a supracitada especialidade goza de grande autonomia e dependência científica e acadêmica, assim, oferecendo elementos concretos para uma análise minuciosa por parte do juízo competente. Acerca da evolução da Psiquiatria nas últimas décadas:

Em o Mágico de Oz, o Espantalho deseja muito ter um cérebro. Para sua surpresa, o Mágico lhe comunica que ele já tem um, só não sabe disso. Durante a maior parte do século XX, o mesmo poderia ter sido dito acerca da psiquiatria: ela era acéfala. Embora fosse supostamente uma especialidade médica dedicada às anomalias dos pensamentos e dos sentimentos, a psiquiatria não voltou sua atenção para o órgão do pensamento e dos sentimentos até os anos 1980.

Os psiquiatras não eram os únicos a ignorar o cérebro. Lamentavelmente, há muito o nível de interesse naquele recheio rosa-pálido localizado no interior da cabeça tem sido desproporcional à sua importância, especialmente quando comparado ao coração, seu principal rival em termos de procedência anatômica. Quando nos casamos ou nos apaixonamos, damos o coração para o outro, nunca o cérebro. Quando alguém nos deixa, ficamos com o coração partido, não com o cérebro partido. Dizem que as pessoas generosas têm um grande coração, um bom coração, ou, ainda, um coração de ouro – em vez de um cérebro de ouro. Mesmo a Bíblia imbui o coração de qualidade psíquicas: “Amarás o Senhor teu Deus de todo o coração.”

O coração, porém, não passa de uma bomba. Sua única função é contrair e expandir sem parar, dois bilhões de vezes ao longo de uma vida média, espalhando sangue pelo corpo. O cérebro humano, por outro lado, é um imenso supercomputador cuja complexidade excede a de qualquer outro órgão em vários níveis de grandeza. Começando como um tubo neural incrivelmente minúsculo que se forma três semanas após a concepção, o cérebro cresce a um ritmo espantosamente rápido, transformando-se numa massa enrugada, disforme e pastosa de um quilo e meio – contendo cem bilhões de neurônios que se comunicam através de trinta trilhões de conexões – que, de alguma forma, regula o ritmo cardíaco, a temperatura do corpo e o apetite, enquanto, simultaneamente, nos leva a entoar melodias, esculpir estátuas, codificar softwares... e redigir extensos tratados a respeito de si mesmo. Comparar o coração com cérebro é como comparar uma casa de bonecas com a cidade de Nova York.

Algo que sempre frustrou qualquer pesquisador que quisesse examinar o cérebro é o fato de essa supermáquina enigmática estar encerrada dentro de um recipiente impenetrável: o crânio. Até muito recentemente, a única maneira de examinar de fato um cérebro pensante e sensível era utilizando procedimentos extremamente invasivos ou dissecando o cérebro sem vida na autópsia. (LIEBERMAN. 2016, p. 195/196).

Uma vez constatado a possibilidade de insanidade mental do agente da conduta, deverá ser instaurado o auto de sanidade mental (exame médico-legal), nos termos do artigo 149 do Código de Processo Penal, que, ainda traz o rol de legitimados para o requerimento do aludido exame. Destaca-se que o laudo de sanidade mental pode ser requerido até mesmo durante o inquérito policial, através da autoridade policial, consoante o disposto no § 1º do supracitado artigo, assim, o exame de sanidade mental pode ocorrer tanto na fase do inquérito ou durante o procedimento criminal, sendo nomeado curador ao periciado.

O artigo 150 do diploma processual penal traz a previsão legal de que o agente da conduta custodiado que passará por exame deverá ser internado em um manicômio judicial. Quando solto, deverá ser levado a um estabelecimento adequado, a pedido dos peritos, sendo o local designado pelo magistrado. Acerca do papel do psiquiatra no âmbito da insanidade mental:

No que diz respeito à imputabilidade, a força capaz de interferir no exercício da liberdade da vontade é entendida como algo efetivamente existe na pessoa e que assim não pode ser mera valoração do analista jurista. A teoria normativa da culpabilidade simboliza o momento do abandono consciente da teoria da imputação articulada por Carrara. Mas, por outro lado, é também a consagração da competência da Psiquiatria. Não foi a Escola Positiva que definitivamente fez de Carrara e de outros clássicos apenas personagens da históricos; o divisor de águas – ao menos na teoria – coincide com o aperfeiçoamento do conceito normativo de culpabilidade fundado no poder de agir de outro modo. No primeiro quartel do século XX a verificação da imputabilidade perdeu significado jurídico e tornou-se de vez objeto da Psiquiatria, entendida, entretanto, como ciência empírica, capaz de conduzir satisfatoriamente juízos de realidade. O jurista como que se viu estafado de problemas, os principais deles relacionados à culpabilidade. Era preciso amenizar seus encargos. Acreditou que a Psiquiatria poderia ajudá-lo. Ele renunciou discutir a imputabilidade; entendeu que sobre ela sua participação deveria ser menor possível,

esperando que os peritos revelassem seus segredos. (VELO. 2013, p. 189).

Consoante o excerto, abstrai-se que o Direito Penal encontrou uma grande aliada na Psiquiatria, uma vez que uma análise minuciosa sobre a culpabilidade do agente foge dos conhecimentos do jurista, lembrado, que, há exceções, pois existem juristas que dominam diversas ciências congêneres ao Direito. Dessa forma, a psiquiatria se debruça sobre uma árdua missão, isto é, analisar minuciosamente, destrinchando, a mente perturbada ou afetada por alguma doença mental no momento da ação ou omissão que culminou no ilícito penal. Convenha-se que é uma tarefa de extrema dificuldade, onde o profissional da Psiquiatria deve atuar com altivez e destemor, não demonstrando fraquejo diante de mentes que despertariam ojeriza em pessoas de senso comum, tendo em vista que os crimes contra vida são os que mais necessitam da labuta deste profissional, que, em via de regra, são crimes de homicídios bárbaros.

Uma vez instaurado o procedimento apartado para à apuração da sanidade mental, lembrando que o processo criminal deverá ser suspenso durante esse lapso temporal, nos termos do artigo 152 do Código de Processo Penal. O autor da infração será periciado por um psiquiatra, ou, dependendo da complexidade do caso concreto, por uma equipe composta por psiquiatras, psicólogos, enfermeiros especializados e assistentes sociais.

Vale ressaltar o prazo máximo estabelecido pelo Código de Processo Penal, que não pode ser superior a 45 (quarenta e cinco) dias, nos termos do artigo 150, § 1º, do supracitado diploma processual. Assim, constata-se que o psiquiatra dispõe de um prazo definido para elaborar o minucioso laudo. Ocorre que, em grande parte dos laudos psiquiátricos, o profissional não se dedica da forma correta, deixando brechas para o periciado utilizar-se de embustes e chicanas para ludibriar o profissional medíocre. Existem casos registrados de *serial killers* com grande intelecto e meticoloso tirocínio, o que torna o trabalho do psiquiatra forense uma missão ingrata. Em certos momentos será suscitado, afinal, o que é loucura? Quem define o que ser (a)normal? Perguntas essas que o *expert* deverá apresentar soluções, ou, ao menos, elementos que contribuam para o livre convencimento motivado do magistrado. No que se refere ao tema em testilha:

A Psiquiatria tem uma história que se encontra com a do Direito Criminal quando o jurista quer saber sobre a liberdade humana de querer praticar certa conduta, bem como quando ele quer saber sobre quais os valores que subjazem à manifestação da vontade. O tempo certo desse encontro, que pressupõe verdadeira crença da parte do jurista no saber psiquiátrico, é o da perícia forense sobre a imputabilidade. Mas é o trabalho do psiquiatra-forense não pode ser confiável sem restrições e desconfianças porque a matéria de seu estudo, a psique e a conduta humana, não permite atingir certeza como a ciência médica, de um modo geral, atinge. O juízo de imputabilidade, com exceção de alguns extremos, é marcado pela angústia, ou seja, pela incerteza. Não é propriamente a indução ou, menos ainda, a dedução que prepondera na perícia psiquiátrica, mas a intuição. Os postulados da atenção psiquiátrico-forense, quando do exercício da perícia sobre a imputabilidade, são por um lado de natureza positiva, porque é referencial um quadro de sintomas previamente catalogados e, de outro, de natureza moral, desde que se trata da análise de comportamentos. Esses postulados estão comprometidos com expectativas em relação ao futuro do periciado. A suspeita de inimputabilidade por doença mental não se resume à análise de alguém que realizou conduta típico-penal. Não é possível que o campo de observação do perito seja apenas a conduta e sua temporalidade, como se estivesse analisando uma parte do corpo humano, pois há uma personagem envolvida em relação a qual imperam suspeitas morais, juízos e preconceitos. Desde que a Psiquiatria se institucionalizou como parte da ciência médica, a partir dos séculos XVIII e XIX, o louco que realiza ação proibida tem sido visto como um duplo, como personalidade que pode haver sido dissociada. A perícia, enfim, buscará sinais dessa dissociação.

Perito habilitado é o que consegue desmascarar a personalidade n. 2, desvendando suas artimanhas, julgando suas interferências, para imputar-lhes a causa da conduta ilícita. Ou, de outra maneira, hábil é o perito que consegue fazer cair a máscara da personalidade n. 1, contribuindo para o juízo da imputabilidade. (VELO. 2013, p. 221/222).

Nesse sentido deve-se ressaltar o imenso abismo que existe entre um psiquiatra convencional e o psiquiatra-forense. Aquele se dedica aos aspectos gerais sobre a psique e a conduta humana, assim, abarcando o maior número de conhecimentos para as mais variadas situações de tratamento ambulatorial ou sessões de consulta. Já este se dedica de forma integral na análise comportamentos que adentram na seara criminal, se dedica com ímpeto e afinco aos temas que perturbam a zona pantanosa da inimputabilidade em razão de perturbação mental ou saúde mental. Atua na seara forense, não atua em hospitais convencionais. O psiquiatra-forense é o estudioso solitário que almeja compreender o comportamento insano de um criminoso frio e meticuloso, sempre

atuando em demandas judiciais. Ocorre que, certos profissionais não gabaritados, falham miseravelmente nesse desiderato.

Uma vez elaborado o laudo de sanidade mental pelo psiquiatra, o procedimento criminal retorna ao seu curso normal, assim, após a instrução processual, Ministério Público e defesa técnica apresentam suas respectivas alegações finais, nos termos do artigo 403 do Código de Processo Penal, existindo complexidade do caso concreto, o que é plenamente plausível em casos que ocorrem a inimputabilidade em razão do disposto do artigo 26 do Código Penal, o magistrado poderá converter as alegações finais em memoriais escritos, nos termos do § 3º do artigo 403 do diploma processual penal. Superada essa etapa, o juiz absolverá impropriamente o agente da conduta ilícita, uma vez verificada a ausência de higidez mental. Dessa maneira, o magistrado aplicará uma medida de segurança ou redução da pena, conforme o estabelecido no laudo psiquiátrico, que constará pela inimputabilidade ou semi-imputabilidade.

Imperioso destacar que o juízo não está adstrito às conclusões do laudo pericial elaborado pelo psiquiatra, nos termos do artigo 182 do Código de Processo Penal. Tal previsão legal causa certa celeuma na comunidade jurídica, uma vez que o magistrado, via de regra, não possui conhecimentos aprofundados no tocante à elaboração do laudo de sanidade mental, assim, causando um certo contra senso, tendo em vista que, caso rejeite o laudo em sua integralidade, o laudo não necessitaria ser elaborado, onerando de forma negativa os cofres do Estado. Todavia, o magistrado para rejeitar, em parte ou em todo, o laudo deve apresentar fundamentos concretos e plausíveis, elementos que constem no procedimento criminal ou laudo de sanidade mental, não sendo possível fundamentar sua convicção em meras conjecturas ou devaneios, sob pena de nulidade. Ressalta-se que toda sentença deve ser fundamentada sob pena de nulidade absoluta, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil. No tocante ao tema em análise:

Para não acolher um laudo que conclui pela ausência total ou parcial da higidez mental do acusado, o juiz de direito necessita de base científica sólida, segura e convincente. O poder que a lei lhe confere de não ficar adstrito ao lado pericial não significa que possa, arbitrariamente, assumir as funções próprias de expert e, ato contínuo,

ditar regras em seara alheia, o que exigiria conhecimentos além do âmbito do Direito.

Ora, pressupondo a perícia a insuficiência de conhecimentos técnicos, específicos do magistrado, é evidente que este último não pode ignorá-lo por completo sem uma base científica. Caso entenda que um laudo pericial é falho, genérico ou impreciso, cabe-lhe determinar sua complementação, ou ainda, a elaboração de outro documento pericial; jamais rejeitá-lo sem razões justificáveis, fazendo com que suas impressões pessoais sobreponham-se a uma trabalho analítico-objetivo.

O poder que a lei confere ao juiz de rejeitar as conclusões do laudo pericial não chega ao ponto de substituir o perito. O juiz não pode afastar o laudo como se este existisse, ou colocar-se em oposição a ele, e tirar conclusões em matéria eminentemente técnica. Nesse sentido, é remansosa a jurisprudência da Excelsa Corte ao estabelecer que, “embora o juiz não fique adstrito ao lado médico, não pode recusá-lo sem sólidas razões, pelo que, inaceitando-o, cabe. Submeter o paciente a novo exame médico, para que possam ficar definidas suas condições de dependência” (RTJ 120/88). (PONTE. 2007, p. 57/58).

Assim, conforme arduamente exposto, pode-se concluir que o magistrado não pode desprezar o laudo pericial a seu bel prazer, suplantando os conhecimentos técnicos do psiquiatra-forense. Para rejeitar em parte ou em todo o juiz deve se amparar em elementos concretos presentes nos autos do procedimento criminal e no laudo de sanidade mental apensado.

É cediço que o instituto jurídico do Tribunal Popular do Júri possui previsão constitucional, consoante o disposto no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Lei Maior da República. As disposições sobre o funcionamento e o rito estão elencados nos artigos 406 a 497 do Código de Processo Penal. Deve-se destacar o procedimento é dividido em duas etapas, segundo a doutrina se divide em juízo da acusação e juízo da causa, onde, após a sentença de pronúncia, o agente da conduta será julgado pelo corpo de jurados.

A síntese acima exposta é de extrema relevância, pois os jurados possuem soberania nos vereditos. Dessa maneira, existe a concreta possibilidade do corpo de jurados julgarem um réu que tenha como tese de defesa a insanidade mental no momento da ação ou omissão da conduta do autor o ilícito penal. Uma vez pronunciado o agente da conduta, existirá a grande celeuma se os jurados estão vinculados a prova dos autos, mais especificamente ao laudo psiquiátrico. Ora, se o magistrado, conhecedor das leis e da ordem jurídica constitucional vigente não se encontra adstrito ao laudo,

analogicamente, se entende que os jurados também não estão vinculados, tendo em vista que os jurados tem a livre convicção no momento da votação dos quesitos, respaldado sobre a incomunicabilidade dos jurados, sob pena de nulidade. Acerca desse tema pertinente:

Questão geradora de debate é aquela que indaga os jurados, leigos em Direito e Psiquiatria, podem afastar as conclusões de um laudo pericial, elaborado por peritos especializados. A solução de tal controvérsia não é singela.

O art. 182 do Estatuto Processual Penal é aplicável tanto aos juízes leigos, quanto aos togados, o que poderia levar a uma conclusão precipitada, no sentido de que o jurado não está adstrito à observância do laudo técnico. Tal posicionamento traduz-se em meia verdade.

Não resta a menor dúvida de que, dentro de sua soberania, não está o Júri obrigado a acatar a prova técnica. Mas se o faz sem apoio em qualquer outro elemento probatório de convicção existente nos autos, julga contra a evidência da prova, fazendo com que sua liberdade de apreciação transforme-se em mera arbitrariedade.

Para que os jurados afastem as conclusões contidas em um laudo pericial, tal documento médico deve mostrar-se imprestável à finalidade que se propõe, não merecendo aceitação em decorrência de sua inconsistência e manifesta contradição. Caso isso não aconteça, ainda assim, podem os jurados repugnar as conclusões periciais, desde que disponham de outro documento médico ou de esclarecimentos complementares dos expertos. Referida prova deve constar necessariamente do processo ou ter sido produzida quanto do julgamento.

Fora dessas situações, estará o Conselho de Sentença ingressando em terreno movediço, julgando o acusado de acordo com as impressões pessoais e em prejuízo da prova constante dos autos. Seria, em situação inversa, o mesmo que reconhecer a inimputabilidade de um réu, sem a existência do competente laudo do processo. (PONTE. 2007, p. 119).

Salutar ressaltar que durante os debates orais no plenário do Júri, o juiz presidente deve zelar pelo bom andamento dos trabalhos e delimitando as teses de acusação e defesa. O patrono do réu não pode alegar insanidade mental como tese de defesa sem ter suscitado tal argumentação em sede de instrução processual, ou seja, no sumário da culpa, que consiste na primeira etapa do rito especial do Júri. Tal vedação não afronta a plenitude de defesa e ampla defesa e contraditório. Os debates orais devem se pautar ao que consta no acervo probatório coligido nos autos. A tribuna é uma espécie de Coliseu da Antiga Roma, onde os tribunos se digladiam

com teses e argumentações técnicas, explanações emocionadas e, por certas vezes, teatrais, contudo, a boa fé e o respeito à Justiça devem estar sempre acima de qualquer chicana jurídica ou embuste travestido de argumento, onde, a defesa busca encontrar uma panaceia para livrar a qualquer custo o réu de uma condenação. Um claro sinal de desespero perante a iminente sentença condenatória, o subterfúgio aludido é costumeiro em crimes bárbaros que chocam a sociedade, levantando questionamentos se tais delitos horrendos são cometidos por pessoas ditas como normais perante o meio social que se encontra inserida.

Existe a possibilidade, caso haja requerimento de alguma das partes, o comparecimento do psiquiatra-forense em plenário para elucidar possíveis dúvidas dos jurados acerca do tema da inimputabilidade. Naturalmente, como toda prova, o laudo psiquiátrico é passível de impugnação, sendo, quando necessário, uma nova elaboração de laudo pericial, com o desiderato de complementar ou afastar integralmente o apurado na primeira perícia psiquiátrica. Não se deve olvidar que a labuta do profissional de Psiquiatria se ampara no comportamento humano, mais especificamente na psique do agente da conduta criminosa no momento da ação ou omissão. De fato, é uma missão que exige uma perspicácia e tato no âmbito de desmascarar personalidades dissimuladas.

O psiquiatra astuto não pode elaborar um laudo pericial como se fosse uma banal entrevista de emprego, onde o periciado responde com gracejos e amenidades, assim, logrando êxito em ludibriar o perito e, conseqüentemente, o Poder Judiciário. O trabalho do psiquiatra-forense deve ser meticuloso, explorar todas as minúcias da mentalidade perturbada ou afetada por doença mental, é um ofício que exige garbo conhecimento intelectual e humanístico. Por essa razão não é qualquer psiquiatra que pode atestar uma sanidade mental, o Código de Processo Penal é claro em exigir que o perito seja expert em sua área de atuação, assim, o profissional adequado é o psiquiatra-forense, acostumado com a seara criminal, dessa forma, possuindo grande bagagem para buscar o deslinde da ação penal que envolve algum autor inimputável ou que sofra de perturbação mental.

Adentrar nos confins do pensamento do criminoso imputável é como andar por um jardim com belas flores à luz do dia, pode-se passear sem ter medo de se perder, ingressar na mentalidade de um inimputável é como andar em um bosque em plena escuridão,

qualquer passo em falso pode ser fatal, onde uma matilha de lobos pode atacar a qualquer momento e, assim, todo o trabalho árduo é perdido em questão de segundos. A mentalidade humana é um dos grandes mistérios da Ciência, a vã ciência jurídica e psiquiátrica ainda adentraram em terrenos pântanos quando o tema em testilha é a psique humana. Seria audacioso demais acreditar que um homem poderia entender o outro homem, sendo que, a linha tênue entre o psiquiatria e o periciado não passa de um jogo de imitações e repetições, por essa razão, o psiquiatra-forense carrega em si um pouco da loucura, que funciona como uma espécie de anticorpo perante o comportamento incompreensível de um inimputável por ausência de higidez mental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o desenrolar do presente ensaio, verificou-se que a loucura está enraizada na existência humana, seja no âmbito filosófico, cultural ou sociológico, assim, adentrando no ordenamento jurídico. Partindo dessa premissa, após uma minuciosa análise histórica da legislação pátria, o Direito Penal moderno teve que se debruçar sobre o pantanoso e nebuloso caminho da inimputabilidade em razão da loucura. Naturalmente, o jurista, embasado apenas nos conhecimentos jurídicos, não está apto a ingressar no diagnóstico da ausência de higidez mental, um vez que tais conhecimentos técnicos fogem de sua competência de atuação.

É nesse momento que adentra ao cenário às ciências que alicerçam o pensamento jurídico, especialmente à Psiquiatria e à Psicologia, tendo em vista que entender o comportamento e a psique humana é uma missão hercúlea e árdua, onde não existe espaço para aventureiros, pois um laudo psiquiátrico realizado de forma displicente pode acarretar em danos irreversíveis. O laudo de sanidade mental deve ser realizado de forma coerente, sagaz, eficiente e racional, não podendo-se perder em meras divagações ou embutes destilados pelo agente com plena consciência que tente se passar por um inimputável frio e meticuloso, isto é, fingir uma suposta loucura como tese de defesa.

Nesse sentido, é imperioso destacar o ofício do psiquiatra-forense, que atua de forma crucial para o deslinde do procedimento criminal que envolve uma suposta insanidade mental. Convém, para uma completa conclusão do trabalho, ressaltar que à Psiquiatria é um

ramo novo da Medicina, quando comparado com os demais searas da aludida ciência. A Psiquiatria surge no século XVIII e ganha corpo e autonomia no século XX, por essa razão, de nascer incipiente, o Direito Penal teve que se amoldar aos novos conceitos e estudos traçados pela Psiquiatria, tendo em vista que uma análise aprofundada sobre a mentalidade de um criminoso inimputável é uma tarefa inglória.

Na hodierna dogmática penal moderna à culpabilidade só deve ser analisada quando superada a questão da imputabilidade, assim, seguindo essa lógica aristotélica, não se pode impor culpa aquele que não possuía, à época do fato, o livre entendimento para entender e portar-se diante da norma incriminadora, ou seja, o agente da conduta deve ter plena consciência do caráter ilícito de sua conduta no momento da ação ou omissão que desperte o interesse jurídico penal, o presente ensaio debruçou-se nesse espinhoso tema, conseguindo, em grande parte, chegar a pontos cruciais para compreender e saber como proceder diante de um caso concreto, dessa maneira, evitando criar subjetivismos.

No decorrer do trabalho logrou-se concluir que o laudo pericial de sanidade mental não é uma prova absoluta, o magistrado não está adstrito a conclusão do laudo, nos termos do artigo 182 do Código de Processo Penal, contudo, para afastar a incidência do aludido exame técnico, o juiz deve se amparar nos demais elementos constantes nos autos do processo criminal, dessa maneira, evitando criar subjetivismos arbitrários por parte do juízo competente. Ainda, deve-se, ressaltar que, se assim fosse, não haveria sentido da instauração do laudo de sanidade mental, já que o magistrado seria o *expert*, suplantando a labuta do psiquiatra-forense.

É com imensa alegria e festejo que o trabalho obteve o êxito em destrinchar todos os aspectos e reflexos sobre a inimputabilidade, não se detendo meramente no âmbito da higidez mental, essa dedicação possui o intuito de esmiuçar todas as nuances possíveis, uma vez que, às vezes, os conceitos de inimputabilidade geram grande celeuma na comunidade jurídica, assim, refletindo nos julgados nos tribunais pátrios e refletindo nas altas cortes do nosso ordenamento jurídico.

Nesse espeque, concluiu-se que a questão da semi-imputabilidade ainda gera imensa discussão na doutrina penal e, conseqüentemente, na jurisprudência nacional. O parágrafo único do artigo 26 do Código Penal traz a possibilidade de diminuição da pena

quando verificado que o agente da conduta possuía parcial entendimento do caráter ilícito do fato, porém, determinar de forma exata a forma de pensar e de se portar do autor do injusto é um ponto onde poucos psiquiatras-forenses se encorajam encarar e lograr sucesso. Percebe-se que adentrar no pensamento do semi-imputável é uma missão inglória, pois este, segundo o legislador, merece uma reprovação menor por compreender parcialmente o caráter incriminador da norma, dessa maneira, quando reconhecido pelo magistrado que a substituição do cumprimento da pena em estabelecimento prisional por medidas de tratamentos profiláticos se mostra acertada, uma vez que o autor que não possui higidez mental não compreenderá o caráter repressivo e ressocializador da pena convencional.

É impossível abordar a questão da inimputabilidade por ausência da plena saúde mental sem adentrar e estudar o instituto jurídico da medida de segurança. O presente ensaio logrou êxito em analisar sua evolução história e legislativa até culminar no artigo 96 do atual Código Penal. A medida de segurança se destina aos loucos, pois estes não possuem nenhum entendimento de consciência, dessa forma, não podem compreender totalmente o caráter incriminador do tipo penal, por essa razão não podem receber uma pena no sentido estrito, uma vez que o caráter de repressão e prevenção da pena perdem sentido quando o autor do fato não compreende, de forma mínima, o caráter equivocado de seu comportamento. Pertinente trazer à baila, que o instituto da medida de segurança foi destrinchado, abordando todos seus aspectos controversos e dignos de nota por parte do presente trabalho, compreender a razão dessas divergências é fundamental para obter um posicionamento coerente e em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, entender a loucura pelo prisma penal é extremamente salutar, seja pelo conceito da Medicina ou do Direito Penal, uma vez que o Estado deve adotar políticas públicas e criminais acerca do inimputável por ausência de higidez mental. O inimputável que não oferece risco à sociedade deve receber tratamento ambulatorial, visando adequar sua saúde mental com o meio social que está inserido. Por outro lado, o inimputável que comete crimes bárbaros e horrendos não pode conviver em sociedade, pois este não entende às normas penais, dessa forma, não respeitando o meio social, causando caos e perturbação social, sua internação em estabelecimentos psiquiátricos adequados é a medida que se impõe, não existindo outro meio para sanar a lide.

Jamais deve-se encarcerar um inimputável em um estabelecimento prisional convencional, tal procedimento, além de ferir o diploma penal e de Execução Penal, afronta de forma odiosa às garantias constitucionais insculpidas no artigo 5º da Lei Maior.

Com imenso prazer e estima, conclui-se que o presente estudo logrou êxito em alcançar os objetivos propostos, isto é, analisar minuciosamente todos os aspectos da loucura que refletem no Direito Penal, tendo em vista que o aludido ramo jurídico se consubstancia no princípio da *Ultima Ratio*, por essa razão, a questão da inimputabilidade merece grande atenção do legislador e da sociedade, deixá-los às margens do ordenamento jurídico não são mais toleráveis como nos tempos obscuros da história humana. Todos devem ser tratados como sujeitos de direito, após a constatação e apuração do delito, respeitado o devido processo legal, o inimputável deverá receber as sanções cabíveis, respeitadas todas às suas garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, José Jobson de A. **História Moderna e Contemporânea**. 21 ed. São Paulo: Ática, 1998.

ARBEX, Daniela. **Holocausto Brasileiro**. São Paulo: Geração, 2015.

BONFIM, Edilson Mougnot. **O julgamento de um serial killer** (o caso do maníaco do parque). São Paulo; Malheiros, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm Acesso em: 13 de nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 13 de nov. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos** (arts. 121 a 212). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DELL'ISOLLA, Alberto. **Mentes Geniais**. 2 ed. São Paulo: Universo dos Livros, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. **Casos Criminais Célebres**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- DOUGLAS, John E. **Mentes Assassinas e Crimes Assustadores**; tradução de Octavio Marcondes. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- DELGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- ERASMO, Desidério. **Elogio da loucura**; tradução de Paulo Neves. Porto Alegre; 2011.
- FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. 11 ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. 41 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- FREUD, Sigmund. **A Interpretação dos Sonhos**; tradução de Walderedo Ismael de Oliveira. Rio de Janeiro: Imago, 2001.
- FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimputabilidade no direito penal**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HOLMES, David S. **Psicologia dos transtornos mentais**. 2 ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.
- LIEBERMAN, Jeffrey A. **Psiquiatria, uma história não contada**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LINDEN, David. **A origem do prazer: como nosso cérebro transforma nossos vícios (e virtudes) em experiências prazerosas**. 2 ed. São Paulo: Elsevier, 2015.
- MIBABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, **Processo Penal**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MELLO, Leonel Itaussu Almeida. **História Moderna e Contemporânea**. São Paulo: Scipione, 1999.
- PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito Processual Penal**, Teoria, Crítica e Práxis. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- PALOMBO, Guido Arturo. **História da Academia de Medicina de São Paulo**. São Paulo: Edição independente, 2013.
- PINHO, Judicael Sudário de. **Temas de direito constitucional e o Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Atlas, 2005.

PSICOPATAS, **maniáticos e assassinos: as mentes mais cruéis e os crimes mais sádicos que já passaram pela seção Retrato Falado da ME**. Revista Mundo Estranho. Ed. Abril. São Paulo: abril, 2015.

PONTE, Antonio Carlos da. **Inimputabilidade e Processo Penal**. 2 ed. São Paulo: Quarter Latin, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 2 ed. Curitiba: Lumen Juris. 2007.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Da Inimputabilidade Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TROMBLEY, Stephen. **50 pensadores que formaram o mundo moderno**; tradução de Breno Barreto. Rio de Janeiro: LeYa, 2014.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. 11 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

VARELLA, Drauzio. **Carcereiros**. São Paulo. Companhia das Letras, 2012.

VELO, Joe Tennyson. **Teoria crítica do juízo de imputabilidade criminal**. Curitiba: UFPR, 2013.

DVA COMO FERRAMENTA DE ANÁLISE E DISTRIBUIÇÃO DE RIQUEZA NO ÂMBITO ORGANIZACIONAL

Ana Carolina de Souza dos Santos¹

José Rafael Bragante²

Lucas Coutinho³

INTRODUÇÃO

De modo a analisar as transações econômicas de uma organização, a Contabilidade tem por objetivo fornecer aos seus usuários informações úteis para a tomada de decisões e avaliação de resultados. Em vista de sua aplicabilidade, as Demonstrações Contábeis (DC) se inserem no contexto de gestão e desempenho empresarial, evidenciando a situação econômica, financeira e patrimonial das atividades operacionais.

Em complemento às DC obrigatórias, observa-se nos últimos anos uma crescente quantidade de organizações que informam voluntariamente a adoção de práticas socialmente responsáveis. Buscando atender os interesses de seus *stakeholders*, a Responsabilidade Social Corporativa (RSC) tem sido adotada em resposta às constantes mudanças no cenário mundial, bem como no intuito de desenvolver atividades empresariais com êxito em um ambiente complexo e altamente competitivo (COSENZA, 2003).

¹ Graduanda do Curso de Ciências Contábeis do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM

² Graduando do Curso de Ciências Contábeis do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM

³ Mestre em Ciências Contábeis e Docente do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM

Diante desta realidade, a evidenciação de informações econômicas e de natureza socioambiental, relacionada ao valor da organização, corresponde à maneira com a qual a RSC é percebida pela sociedade. Ademais, considerando a Contabilidade como uma Ciência Social Aplicada, esta desempenha um papel fundamental no processo de *disclosure* corporativo, a partir da relação desempenhada pela empresa não somente no contexto financeiro, mas também social e ambiental.

Em sendo assim, a Demonstração do Valor Adicionado (DVA), relatório contábil obrigatório desde a promulgação da Lei n° 11.638/2007, tem por objetivo demonstrar a riqueza gerada pela empresa e como ocorreu a sua distribuição entre os elementos que contribuíram para a geração dessa riqueza, dentre eles funcionários que atuam diretamente no desempenho das atividades organizacionais. Destaca-se que a DVA representa um instrumento fundamental como parte do processo de compreensão sobre a distribuição de valor gerado para seus colaboradores, de modo que segundo o entendimento de Cunha (2002), demonstra os benefícios provenientes da empresa para a sociedade, além de apresentar sua capacidade de contribuir com o desenvolvimento econômico.

Em se tratando das partes interessadas nas atividades empresariais, os funcionários são classificados com um dos principais *stakeholders* identificáveis da organização. Com as práticas de negócio e sua relação com desempenho econômico-financeiro, a equipe de funcionários detém o capital intelectual, sendo que em troca de seu trabalho esperam da organização salário, segurança, benefícios e outros retornos (LADEIRA, 2009).

E em vista do que foi apresentado, o presente artigo busca responder a seguinte questão: **De que maneira a Demonstração de Valor Adicionado pode contribuir com a criação de valor para o capital humano no âmbito organizacional?** De modo a responder o questionamento proposto, o estudo tem por objetivo definir a aplicabilidade da DVA no âmbito da elaboração e apresentação das Demonstrações Contábeis, de modo a apresentar os princípios teóricos que fundamentam sua estrutura e estabelecer o aspecto da Responsabilidade Social Corporativa no âmbito de criação de valor organizacional.

1 CARACTERÍSTICAS METODOLÓGICAS

O presente estudo desenvolveu-se por meio de estratégia descritiva, a qual, segundo Bervian, Cervo & Silva (2007, p. 61), caracteriza-se por descobrir a frequência com que um fenômeno ocorre, bem como sua relação com outros, sua natureza e propriedades com maior precisão possível. Para Sampieri, Collado e Lucio (2013, p. 102), os estudos descritivos “buscam especificar as propriedades, as características e os perfis de pessoas, grupos, comunidades, processos, objetos ou qualquer outro fenômeno que se submeta a uma análise”.

Em relação aos procedimentos técnicos, esta pesquisa denomina-se como documental, pois a fonte de coleta de dados está restrita à utilização de documentos como fonte primária dos dados (MARCONI & LAKATOS, 2005, p. 176). Dessa forma, Martins e Theóphilo (2009, p. 141) explicam que a pesquisa documental se utiliza de materiais que ainda não foram objeto de análise, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com o propósito da pesquisa.

Destaca-se a natureza exploratória da pesquisa, uma vez que tem por objetivo verificar a distribuição de valor aos funcionários em relação ao total de riqueza distribuída pela organização. Classifica-se como exploratória, pois de acordo com Cervo, Bervian & Silva (2007, p. 63), as pesquisas exploratórias tem por objetivo realizar descrições precisas da situação e quer descobrir as relações existentes entre seus elementos componentes.

Trata-se, também, de uma pesquisa qualitativa em razão da análise do capital humano sob a perspectiva de criação de valor, pois se utiliza de informações presentes na Demonstração do Valor Adicionado, de modo a evitar distorções de análises e interpretações e assegurando a precisão dos resultados (RICHARDSON, 2012).

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

2.1 CRIAÇÃO DE VALOR E SUSTENTABILIDADE EMPRESARIAL

O objetivo de DVA, segundo Gallizo (1990) é evidenciar a circulação real do patrimônio e divulgar o valor econômico que foi gerado por uma entidade durante determinado período de tempo e,

simultaneamente, descrever como este valor foi distribuído entre aqueles que contribuíram para a sua criação. De acordo com o autor, trata-se de uma demonstração contábil que divulga a geração de valor produzido pela própria empresa, mediante suas próprias atividades, e a retribuição aos componentes econômicos que formaram esse valor adicionado.

Neste sentido, o valor adicionado é obtido mediante a diferença entre a produção da empresa e o total de aquisições, representando a soma de toda a remuneração de esforços consumidos nas atividades da companhia. Para a determinação do valor adicionado e a elaboração da demonstração correspondente, é fundamental ressaltar que a DVA possui um enfoque distinto da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE): ainda que sejam demonstrações que se complementam, a DRE tem por objetivo a avaliação do desempenho da empresa e da eficiência de seus gestores sob a perspectiva única e exclusiva da geração de lucro, enquanto que a DVA busca demonstrar o montante da riqueza gerada pela empresa e a forma como foi distribuída entre os diversos setores que contribuíram direta ou indiretamente para sua geração.

Diante de práticas sustentáveis adotadas no ambiente organizacional, as empresas passaram a desempenhar suas atividades práticas capazes de implantar a sustentabilidade: ao investir socialmente e se tornarem mais responsáveis no desempenho do negócio da empresa, verifica-se um atendimento mais contundente em relação às necessidades da sociedade, sem comprometer os recursos futuros para aqueles que asseguram o desenvolvimento sustentável.

De forma complementar, destaca-se Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE), indicador de práticas sustentáveis criado pela Bolsa de Valores de São Paulo cujo objetivo é refletir o retorno de uma carteira composta por ações e de comprometimento com a responsabilidade social e a sustentabilidade empresarial, bem como atuar como promotor das boas práticas no meio empresarial (ISE, 2010). Dessa forma, as práticas sociais sustentáveis visam a melhoria da qualidade de vida dos funcionários e da comunidade, em contraponto os aspectos econômicos sustentáveis destinados à manutenção do bom desempenho financeiro da organização (CLARO,2008).

2.2 DEMONSTRAÇÃO DO VALOR ADICIONADO: CRIAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE RIQUEZA

Com a preocupação das empresas em questões sociais e econômicas, têm-se observado uma demanda por informações de natureza social. De modo a atender a esta necessidade no âmbito organizacional, a DVA tem como objetivo demonstrar como a riqueza foi gerada e distribuída entre aquelas que contribuíram para sua criação, bem como seus efeitos sobre a sociedade no âmbito econômico e social.

Para transparência de divulgação deste tipo de informação, a apresentação da DVA é obrigatória para as empresas de capital de capital aberto. A legislação sempre esteve atenta às Demonstrações Contábeis que fornecem informações financeiras, econômicas e patrimoniais das empresas; no entanto, com as transformações ocorridas no ambiente social em que a atividade econômica ocorre, têm-se verificado o interesse em legitimar o desempenho relativo ao caráter social e ambiental.

Para atender às exigências do mercado, a DVA destaca a demonstração do valor sob a perspectiva da riqueza gerada pela empresa e sua distribuição entre os agentes econômicos envolvidos em sua produção. Este demonstrativo desempenha uma função fundamental com relação à transparência das informações econômicas e sociais de uma empresa: de acordo com Cunha, Ribeiro e Santos (2005), o projeto de Lei nº 3.741/2000 teve por intuito promover uma alteração da Lei nº 6.404/76, também conhecida como Lei das Sociedades Anônimas, de forma a tornar obrigatória a publicação da DVA. Entretanto, somente em 2007, com a promulgação da Lei nº 11.638, a DVA foi incluída entre as demonstrações cuja publicação é obrigatória. Dessa forma, a obrigatoriedade se estende às empresas de capital aberto e àquelas consideradas de grande porte, sendo que no período anterior à aprovação da referida lei, a DVA era apresentada voluntariamente pelas empresas preocupadas em evidenciar a riqueza gerada e distribuída.

No que se refere ao conceito de DVA, Góis, De Luca e Monte Júnior (2016, p. 4) afirmam que trata-se de um relatório contábil destinado a demonstrar “tanto os benefícios que as organizações proporcionam à sociedade quanto a sua capacidade de colaborar para o desenvolvimento econômico”. Sendo assim, diversos autores corroboram na existência de um conceito econômico e contábil para o

termo “valor adicionado” (IUDÍCIBUS, 2007; CUNHA, RIBEIRO e SANTOS, 2005).

Sousa e Chagas (2003, p. 3) explicam que a diferença do conceito contábil para o conceito econômico está na “abordagem e reconhecimento da riqueza”, de modo que segundo os autores:

Isso porque na economia o conceito do valor adicionado é mensurado pelas atividades econômicas de uma nação através do seu Produto Nacional, ou seja, ele é medido em função da produção. Já no conceito contábil o conceito do valor adicionado é tratado dentro de um ambiente mais restrito – a empresa – sendo tratado em função das vendas.

De forma complementar, de Luca *apud* Cunha, Ribeiro e Santos (2005) conceitua a DVA como um “um conjunto de informações de natureza econômica. É um relatório contábil que visa a demonstrar o valor da riqueza gerada pela empresa e a distribuição para os elementos que contribuíram para sua geração”. Neste sentido, o entendimento do autor indica que este demonstrativo se harmoniza com os objetivos da Contabilidade e da Responsabilidade Social, uma vez que busca suprir as necessidades informacionais sobre a contribuição social e econômica da empresa.

Em razão de sua relevância, ao evidenciar a participação de cada elemento que compõe o resultado, a DVA permite aos grupos sociais de interesse na atividade econômica e empresarial como um todo saber quanto cada empreendimento gera de recursos e o retorno dos mesmos para a sociedade. Sendo assim, a DVA presta informações econômicas e financeiras que evidenciam a circulação do patrimônio, ao evidenciar o valor de riqueza que foi gerado por uma entidade em determinado período de tempo e fornecer informações sobre os benefícios obtidos por cada um de seus fatores de produção, dentre eles acionistas, trabalhadores, credores e governo.

Não obstante, a DVA possibilita evidenciar a recompensa dos recursos de terceiros, sob a forma de custo financeiro em retribuição ao fornecimento de capital para aplicação na atividade empresarial (COSENZA, 2003). Para a sociedade, a DVA permite uma maior abrangência relativa às práticas de responsabilidade social das

empresas, divulgando dados significativos sobre os efeitos da atividade empresarial no ambiente social.

Devido ao propósito em evidenciar a riqueza criada e sua distribuição aos diversos fatores de produção, a DVA consiste em uma ferramenta de gerenciamento, planejamento e também de controle social (CCN, 2009). Além disso, possibilita que seja identificada a riqueza recebida em transferência, evidenciando a riqueza produzida por outras entidades. Sendo assim, verifica-se que as organizações buscam continuamente novas estratégias a fim de desenvolver suas atividades com sucesso em um ambiente cada vez mais complexo e competitivo, fator este que indica uma maior preocupação com interesse de seus *stakeholders*.

3 DISCUSSÃO SOBRE *STAKEHOLDERS* E A CRIAÇÃO DE VALOR SOB A PERSPECTIVA DA DVA

No que se refere às ações internas da empresa, Carroll (1991) no início da década de 1990 já evidenciava a necessidade de integração dos valores que são socialmente responsáveis nas atividades das organizações. Segundo o autor, para que suas práticas possam ser vistas pela sociedade como legítimas, este pensamento deve ser compartilhado internamente na organização, fazendo com que seus *stakeholders* a identifiquem como uma entidade que se preocupa com seu desenvolvimento sustentável.

De acordo com Donaldson e Preston (1995), a ideia de que as organizações possuem *stakeholders* tornou-se conhecida na literatura administrativa, tanto acadêmica quanto profissional, a partir da publicação do livro *Strategic Management: A Stakeholder Approach* (1984), de R. Edward Freeman. Eccles e Krzus (2011), explicam que a definição apresentada por Freeman sobre o termo *stakeholder* corresponde a “qualquer grupo ou indivíduo que pode afetar ou é afetado pela realização dos objetivos da companhia”.

Os preceitos sobre o entendimento da existência de *stakeholders* em uma organização explicam que a sobrevivência da empresa depende do sucesso na administração das relações com suas partes interessadas, sendo que estas precisam ser informadas sobre os efeitos econômicos, sociais e ambientais do desempenho corporativo (HESS, 2008).

Neste sentido, em se tratando das partes interessadas nas atividades empresariais, os funcionários são classificados com um dos principais *stakeholders* identificáveis da organização (HARRISON, BOSSE, 2013). Devido às práticas organizacionais e seu aspecto financeiro, o capital humano permite que a geração de riqueza possa atribuir maior valor para uma organização, de modo que em retorno de seus esforços, estes demandam maior retorno e valorização de seu trabalho.

A partir do valor criado pela organização, Harrison, Bosse e Phillips (2010) explicam que a empresa pode distribuí-lo na forma de pagamento de benefícios e salários mais altos para os funcionários. Sob a perspectiva dos *stakeholders*, esta prática evidencia que as organizações, para manterem-se no ambiente empresarial, tendem a se preocupar mais com seus colaboradores. Neste aspecto sobre como a criação de valor ocorre e é distribuída por meio das atividades da organização, a DVA propõe trazer esta dimensão sob os aspectos das informações financeiras e sociais.

Dado esse entendimento sobre como a criação de valor ocorre e é distribuída por meio das atividades da organização, a DVA beneficia todas as partes que estejam interessadas na capacidade que uma organização tem de gerar valor ao longo do tempo, incluindo os empregados. No instante em que a DVA inclui os funcionários no âmbito das partes interessadas, sua abordagem categoriza sua colocação como instrumento de capital humano.

Dessa forma, a adoção da DVA reafirma a compreensão de a longevidade de uma organização depende da capacidade de seus gestores em criar riqueza, valor e satisfação suficientes para aqueles que pertencem a cada grupo de *stakeholders*, de modo que cada grupo continue como parte do sistema de *stakeholders* da corporação (CLARKSON, 1995, p. 107). Não obstante, considerando a DVA como um instrumento fundamental parte do processo de compreensão sobre a distribuição de valor gerado pela empresa, sua utilização pode desempenhar um papel fundamental entre a integração proposta pela Responsabilidade Social Corporativa.

Em vista do que foi apresentado, o direcionamento ao contexto social, ambiental e de governança levam à apresentação das informações de forma conjunta e consistente. Sendo assim, Kroetz e Consenza (2003) explicam que a DVA encontra-se no papel de demonstração contábil para “[...] informar sobre a participação de todos os fatores econômicos que intervieram na criação de riqueza

por uma entidade e sua conseqüente distribuição entre esses agentes de produção”, de modo a apresentar um mapeamento de sua distribuição entre seus diversos beneficiários, dentre eles os empregados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com os preceitos que fundamentam a relevância do *stakeholders* para uma organização, mesmo a visão de que o único objetivo da organização de gerar valor para seus acionistas tenha sido defendida durante muito tempo, a atividade empresarial impacta direta e indiretamente no ambiente em que ela se encontra, devendo, portando, incluir os interesses e aspirações de seus *stakeholders* dentro do processo de tomada de decisão (WOOD, 1991).

Em razão desse pensamento, a divulgação de informações sobre a responsabilidade social corporativa representa um caminho para as empresas demonstrarem sua capacidade de gerar valor agregado além da perspectiva econômica (GRAY, KOUHY, LAVERS, 1995).

Do mesmo modo, a DVA pode ser utilizada como parte no processo de compreensão sobre como a organização gera e distribui valor entre seus agentes, permitindo que os *stakeholders* possam compreender em um contexto mais amplo o desempenho da organização. Logo, os funcionários, enquanto capital humano e parte integrante dos interessados na organização (DONALDSON, PRESTON, 1995; CLARKSON, 1995), representam um elemento positivo na criação de valor e devem fazer parte das decisões estratégicas da empresa.

No instante em que as informações financeiras divulgadas estejam alinhadas aos procedimentos legais e societários, estas são incapazes de responder às demandas organizacionais e dos diversos interessados no desempenho empresarial. O contexto da atividade econômica se encontra em uma posição frente à necessidade de que as relações da empresa com o seu ambiente sejam mais arrojada e transparente.

Devido às mudanças advindas pelas relações organizacionais e a inclusão do aspecto social, observa-se um aumento da relevância atribuída às empresas socialmente responsáveis, isto é, instituições

que desempenham um passo além da busca econômica no ambiente social. Logo, no sentido de alcançar estes propósitos, é de fundamental importância que as DC evidencie o verdadeiro valor de uma empresa, fator este que torna as informações constantes na DVA condutoras de decisões mais adequadas no sentido de contribuir no processo de geração e de distribuição de riqueza para os *stakeholders*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERVIAN, P. A.; CERVO, A. L.; SILVA, R.. **Metodologia científica**. 6. ed. São Paulo, Pearson Prentice Hall, 2007.

BRASIL. **Lei 11.638, de 28 de dezembro de 2007**. Altera e revoga dispositivos da lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11638.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2018.

CARROLL, Archie B. The Pyramid of Corporate Social Responsibility: Toward the Moral Management of Organizational Stakeholders. **Business Horizons**, v. 34, n. 4, pp. 39-48, jul-ago 1991.

CLARO, Priscila B. de O.; CLARO, Danny P. e AMÂNCIO, R.. Entendendo o Conceito de Sustentabilidade nas organizações. RAUSP V.42 n° 4 189/300 – Out/Nov/Dez 2008.

Disponível em <www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/rausp/v43n4/v43n4a1.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

CLARKSON, M. E. A stakeholder framework for analyzing and evaluating corporate social performance. *Academy of Management Review*, v. 20, n. 1, pp. 92-117, 1995.

CONGRESSO DE CONTROLADORIA E FINANÇAS / INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM CONTABILIDADE DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. **DVA como ferramenta na análise de produção e distribuição de riqueza**: um estudo da Vale. 3º Congresso. Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://dvl.ccn.ufsc.br/congresso/anais/3CCF>>. Acesso em 20 mai. 2018.

CONSENZA, J. P. A eficácia informativa da demonstração do valor adicionado. **Revista Contabilidade e Finanças – USP**. São Paulo, Edição Comemorativa, v. 14, pp.7-29, out. 2003.

COSENZA, J.P.; GALLIZO, J.L.; JIMENEZ, F. A participação dos agentes econômicos no valor adicionado: estudo empírico na indústria siderúrgica brasileira no período 1996/2000, *Contabilidade Vista & Revista*, v. 13, n. 2, p. 37-65, 2002.

CUNHA, J. V. A. **Demonstração Contábil do Valor Adicionado – DVA – um instrumento de mensuração da distribuição da riqueza das empresas para**

os funcionários. 2002. Dissertação (Programa de Pós Graduação em Controladoria e Contabilidade), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

CUNHA, Jacqueline Veneroso Alves da; RIBEIRO, Máisa de Souza; SANTOS, Arioaldo dos. DVA: a demonstração do valor adicionado como instrumento de mensuração da distribuição da riqueza. **Revista Contabilidade & Finanças.** São Paulo: USP, n. 37, p. 7-23, Jan/Abr. 2005.

DE LUCA, Márcia et al. **Responsabilidade Social Corporativa:** um Estudo sobre o Comportamento das Distribuidoras de Energia Elétrica da Região Nordeste. Disponível em: <http://www.congressousp.fipecafi.org>. Acesso em 05 de mai.2018

DONALDSON, T.; PRESTON, L. E. The Stakeholder Theory of the Corporation: Concepts, Evidence, and Implications. **The Academy of Management Review**, v. 20, n. 1, pp. 65-91, 1995.

ECCLES, Robert G.; KRZUS, Michael P. **Relatório Único.** São Paulo: Saint Paul Editora, 2011.

GÓIS, Alan Diógenes; DE LUCA, Márcia Martins Mendes; MONTE JÚNIOR, José Aírton Alcântara. Fatores determinantes do *disclosure* do Capital Humano. **Race**, Joaçaba, v. 15, n. 1, pp. 201-226, jan-abr 2016.

GRAY, Rob; KOUHY, Reza; LAVERS, Simon. Corporate social and environmental reporting. **Accounting, Auditing & Accountability Journal**, v. 8, n. 2, pp. 47-77, 1995.

HARRISON, J. S.; BOSSE, D. A. How much is too much? The limits to generous treatment of stakeholders. **Business Horizons**, v. 56, n. 3, p. 313-322, 2013.

HESS, David. The three pillars of corporate social reporting as new governance regulation: disclosure, dialogue, and development. **Business Ethics Quarterly**, v. 8, n. 4. ISSN 1052-150X. pp. 447-482, 2008.

ISE - METODOLOGIA COMPLETA. Disponível em <<http://www.bmfbovespa.com.br/Indices/download/ISE.pdf>>. Acesso em: 05 de maio de 2018.

IUDÍCIBUS, Sérgio de; MARTINS, Eliseu; Ernesto Rubens, GELBCKE. **Manual de Contabilidade das Sociedades por Ações:** aplicável às demais sociedades. São Paulo: Atlas, 2007.

KROETZ, César Eduardo Stevens, COSENZA, José Paulo. **Considerações sobre a eficácia do valor adicionado para a mensuração do resultado econômico e social.** Disponível em: <www.ccontabeis.com.br>. Acesso em 29 de abr. 2018.

LADEIRA, Daniela Lopes. **Teoria dos Stakeholders no contexto da governança corporativa: um estudo de caso.** 104 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Universidade FUMEC. Faculdade de Ciências Empresariais, Belo Horizonte, 2009.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamento de metodologia científica.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sócias aplicadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, E., GELBCKE, E.R., DOS SANTOS, A., LUDICIBUS, S. de, et al. **Manual de Contabilidade Societária**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. 3. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

SAMPIERI, R.H.; COLLADO, C. F.; LUCIO, M. D. P. B. **Metodologia de Pesquisa**. Trad. Daisy Vaz de Moraes. 5. ed. Porto Alegre, RS: Penso, 2013.

SOUSA, Antônio Rodrigues Silveira de; CHAGAS, Paulo César. **A demonstração do Valor Adicionado: conceitos e importância em uma empresa**. Ciências Contábeis da UCB. Disponível em: <www.contabeis.ucb.br>. Acesso em 10 mai. 2018.

WOOD, D. J. Corporate Social Performance revisited. **The Academy of Management Review**, v. 16, n. 4, pp. 691-718, 1991.

DUMPING SOCIAL: ANÁLISE DE SEU IMPACTO NOS VÍNCULOS DE TRABALHO

Adriana Cristina Dias Lopes¹

Iltton Garcia da Costa²

Marcos Paulo S. B. Merheb³

INTRODUÇÃO

Ao analisarmos o *dumping* social constatamos que sua realização pelas empresas gera agressões reiteradas aos direitos do trabalhador causando prejuízos a toda uma coletividade, se tornando precários os vínculos trabalhistas e violação de garantias pertinentes a todo cidadão. Sua prática evidencia a concorrência desleal, buscando sempre vantagens indevidas, o lucro majorado e diminuição expressiva dos custos do processo produtivo, ainda que para alcançar estes objetivos sejam descumpridas as relações empregadores e empregados, além de motivar a degradação da moral na mercancia, as ordens social e jurídica no Direito Trabalhista. Consta-se que os resultados do *dumping* social esta interligado com o crescimento do país e da qualidade laboral ofertada a seus operários, o que resulta em exclusões sociais.

Ao discorrermos sobre *dumping* social no Brasil o que vemos é uma carência de prognóstico legalístico para punir as corporações que fazem uso desta modalidade de exploração, sendo necessária implementação de legislações pertinentes a este tema visando à

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei de Cornélio Procópio – E-mail drikalopesadm@yahoo.com.br.

² Docente Mestrado e Doutorado UENP. iltongcosta@uenp.edu.br;

³ Docente do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei de Cornélio Procópio – Email: marcosmerheb@hotmail.com.

proteção dos trabalhadores brasileiros, no intuito de que se encerre a submissão destes a qualidade de trabalho degradante.

Santos; Araujo, 2016, p. 3., nos diz:

Os atos danosos e ilegais, causados pela prática do 'dumping social', pelas grandes empresas, prejudicam a sociedade como um todo, caracterizando um grande dano social, fazendo com que o problema seja alvo de grandes discussões dentro da ciência do Direito. Ressalte-se que a temática, ocupa espaço no Direito Internacional Privado, no Direito do Trabalho e no Direito Econômico, compreendendo ainda outras disciplinas, como o Direito Empresarial e o Direito Constitucional.

1 CONCEITO ORIGINÁRIO DA TERMINAÇÃO DUMPING SOCIAL

Dumping é a ação utilizada por concorrentes desonestos consubstanciados no cenário mundial e destaca-se pela colocação de um bem no mercado externo com os valores de exportação inferiores aos habituais perpetrado no mercado interno do Estado vendedor.

O exercício do *dumping* é examinado desde o século XVIII quando se alojou uma derrota no liberalismo. O liberalismo sobreveio pela Revolução Industrial, onde a burguesia buscava considerável lucratividade, diminuição de custos e fabricação precipitada procurando meios para melhorar a produção de artigos. Tal evolução material foi obtido, todavia, na âmbito social obteve diversas demandas que causaram rejeição contraindo como fundamental desdobramento a modificação nas derrotistas condições de sobrevivência nos regiões industriais.

Alves; Aguila, 2014, p. 189 expõem:

Os efeitos da Revolução Industrial e do liberalismo econômico trouxeram a liberdade de contratar no âmbito das relações do trabalho e, como consequência, a exploração e degradação das condições humanas nos aspectos laborais, como forma de competir no mercado econômico e gerar maior lucratividade às empresas.

Esta operação é repetidamente verificada em empreendimentos que ambicionam apoderar-se de novos mercados. Para este fim, comercializam os seus produtos a um valor

exageradamente inferior, muitas vezes indigno ao custo de fabricação. É um recurso utilizado de forma provisória, apenas no decorrer do período em que se extingue o adversário. Obtida essa finalidade, a corporação que faz uso do *dumping* passa a pleitear por valores mais expressivos, para que nessa conformidade possa reequilibrar a dano primário. No restante, o *dumping* é uma ação pérfida e vedada em condições comerciais.

Conceitua Massi (2013, p.5):

[...] compreende-se *dumping* como uma forma de concorrência desleal de caráter internacional, que consiste na venda de produtos pelo país exportador com preços abaixo do valor normal, não necessariamente abaixo do preço de custo, praticados no mercado interno do país exportador, podendo causar ou ameaçar causar danos às empresas estabelecidas no país importador ou prejudicar o estabelecimento de novas indústrias no mesmo ramo neste país.

Temos educadores que preservam o entendimento de que o exercício do *dumping* nem sempre será passível de penalidades. Como nos exemplifica Massi, 2013, p.5.

O *dumping* nem sempre será passível de punições. Estas somente poderão ocorrer quando a prática realmente trouxer prejuízos às indústrias do país importador ou retardar o estabelecimento da indústria local, visto que nem sempre a venda de produtos do país exportador por um preço abaixo de seu "valor normal" acarretará prejuízos ao mercado interno daquele que está importando. Assim, existem dois tipos de *dumping*: o condenável e o não condenável.

Barral (2000 citado por OZORIO, 2013, p.5) elucida as definições de *dumping* condenável e o *dumping* não condenável.

O *dumping* condenável ocorre quando o *dumping* implicar dano à indústria doméstica e o nexos causal entre o dano e a prática do *dumping*. Enquanto que o não condenável seria a ocorrência de *dumping* sem que redundasse em efeitos negativos para a indústria estabelecida no território de um país.

Contudo, Massi, 2013, p. 6, aponta que o *dumping* pode ser analisado como uma ação infida e coibida, possuindo natureza jurídica de um ato ilícito, em conformidade com alguns doutrinadores.

Alguns entendem que o *dumping* teria a natureza jurídica de um ato ilícito, porém sabemos que a sua prática não é proibida, em regra, pela legislação *antidumping*, ela é apenas suscetível à imposição de certas medidas, caso venha a causar ou ameaçar causar prejuízos à indústria nacional do país importador.

No entanto surgem outros posicionamentos que protegem que o *dumping* possui essência legislativa de violação de poder econômico, conforme preceitua Massi, 2013, p.6:

Outra corrente suscita a possibilidade da prática de *dumping* ter natureza jurídica de abuso de poder econômico. Entretanto, esse pressupõe o intuito de provocar dominação do mercado relevante e, ainda, é identificado a partir da conduta concertada de empresas concorrentes, hipóteses das quais não caracterizam, necessariamente, a prática de *dumping*. Importante destacar também, que o abuso de poder econômico é regulamentado pela Lei Antitruste n. 8884/94 prevendo-lhe sanções administrativas, e excluindo expressamente os casos envolvendo a prática de *dumping*.

Já em associação ao conceito de *dumping* social, verificamos que este é uma categoria de *dumping* e se constitui pela prática recidiva, repetida, de inadimplência do ordenamento jurídico trabalhista, no intuito de possibilitar a elevação do lucro e de ampliar vantagens sobre a concorrência.

Os produtos são comercializados com preços abaixo ao apresentado no comércio, em decorrência da precarização dos operários, afrontando garantias do trabalhador e direitos previdenciários básicos, e também praticando concorrência desleal, pois atuam em condições de desigualdade com as demais pertencentes ao mesmo ramo, com o intento de adquirir novos espaços no mercado de bens e produtos, resultando em danos ao empregado e a sociedade, ofendendo diretamente um conjunto de princípios e valores que deveriam ter sido respeitados.

Trata-se, portanto de uma prática comercial censurável que é caracterizada pela concorrência desonesta no mercado de compra e venda, possibilitando eliminar a competição à custa de necessidades básicas de seus funcionários.

Com a realização dessa ação, os artigos importados com valores abaixo daquele praticados pelo país importador (que desempenha corretamente as normas trabalhistas e internacionais), incidem na instabilidade do mercado nacional. A terminologia *dumping* social vem sendo frequentemente utilizada nos ramos do direito comercial, internacional, econômico e do trabalho.

Conceitua Trierweiler (2009, p.86):

Pode-se compreender o dumping social como uma vinculação entre comércio e padrões trabalhistas, moldado pela concorrência desleal e ausência de boa-fé objetiva sendo utilizado como forma de baixar o custo do valor trabalho, diminuindo o valor do produto final. Seria a redução dos custos obtidos por empresas na fabricação de seus produtos mediante a não observação do bem estar social, buscando a conquista de fatias de mercado para produtos e serviços, seja no mercado nacional ou internacional, provocando prejuízos não apenas aos trabalhadores hipossuficientes contratados em condições irregulares, com sonegação a direitos trabalhistas e previdenciários, bem como às demais empresas do setor.

Entretanto, para a mais perfeita conceituação, Barral (2000, p.14) entende o *dumping social* como:

[...] vantagem comparativa derivada da superexploração de mão-de-obra nos países em desenvolvimento. O argumento principal é de que a globalização econômica não implicou na extensão das garantias sociais do Estado de Bem-Estar aos trabalhadores dos países desenvolvidos, acudados pela ameaça crescente do desemprego e da transferência física do parque fabril.

2 A RELAÇÃO DO DUMPING SOCIAL COM OS DIREITOS HUMANOS

O exercício do *dumping* social lesa os direitos fundamentais do homem, alterando o mercado mundial na esfera do comércio, implicando em um no desrespeito de direitos humanos, sobretudo de

direitos do trabalhador, reforçando a obrigação de eliminar esta prática no processo produtivo.

As circunstancias básicas de trabalho estabelecidas internacionalmente surgem por força de sua dignidade própria e integra os direitos da pessoa, pautados nos valores que dignificam o homem, liberdade, igualdade e fraternidade, em sua dimensão econômica e social.

Prontamente em seu artigo 1º, inciso III, a Carta Magna Brasileira, consagra como um dos fundamentos da democracia, o princípio de que todo homem deve viver com dignidade.

Diante disso fica evidente a atuação repressiva do Poder Judiciário em relação à defesa de direitos que estão sendo desprezados.

Salta aos olhos a necessidade de uma atuação repressiva do Poder Judiciário visando coibir referidas práticas ilícitas, vilipendiadoras dos direitos sociais. O respeito e a observância aos fundamentos do Estado Democrático de Direito não podem ser suprimidos frente a interesses pautados num capitalismo desleal. . (Chaves, 2010, p.3).

A normatização do *dumping* social começou a ser discutida para a proteção dos trabalhadores no âmbito internacional.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) averigua a execução das leis (convenções e recomendações) internacionais, estabelecendo moldes de afazeres ajustadas com a dignidade do homem, atua na melhoria da circunstância laboral, bem como na sua valorização. A liberdade, equidade, segurança e dignidade humana são aplicados juntamente com o início da justiça social.

O *dumping* social é uma realidade presente especialmente nos países considerados em desenvolvimento, como nos países asiáticos, acarretando prejuízos aos trabalhadores e às economias de muitos países, que tem a venda de seus produtos prejudicada pela concorrência desleal. Nesse cenário, a única solução que nos parece plausível é a atuação no âmbito transnacional ou internacional, para combater o *dumping* social. Tal papel pode ser realizado através da Organização Internacional do Trabalho, órgão supranacional que vem atuando desde o início do século XX na proteção ao trabalho. (Marders; Machado, 2014, p. 11)

Organização Mundial do Comércio (OMC) é a organização que supervisiona o comércio exterior, lidando com a regulamentação, negociação e formalização de acordos entre seus países-membros, buscando sempre relações comerciais justas estabelecendo uma coerência entre o comércio exterior e os direitos humanos, no intuito de que haja a construção de um mercado internacional saudável. A interligação entre a OIT e a OMC se dá para que ocorra uma efetivação do que é essencial ao homem trabalhador.

Tanto os direitos fundamentais quanto os direitos humanos se referem às pretensões jurídicas válidas.

Ao se tratar das relações entre empregadores e empregados, tratamos de direitos fundamentais, que diz respeito aos direitos humanos. Por isso, os direitos humanos devem ser considerados como princípios médios de justiça, principalmente nas relações de trabalho. Assim a consideração dos direitos humanos leva ao encontro da aplicação da justiça, ideal que deve ser promovido pelo Estado.

3 A ESSÊNCIA JURÍDICA DO DUMPING SOCIAL

Dumping é um acontecimento muito complexo, com variações nas áreas jurídicas, políticas e econômicas, e podemos descrever que o *dumping* social mostrar-se como um prejuízo social, difuso e coletivo, abrangendo operários já contratados e inseridos na opressão por corporações que o cometem, como futuros operários que se localizam em situação de vulnerabilidade e que poderão vir a ser atraídos devido à crise social ou de desemprego.

Uma das maneiras que as corporações têm de diminuir os custos de seus artigos são justamente as remunerações dos trabalhadores, especialmente no Brasil, onde os encargos sociais são significativamente altos.

A norma constitucional chamou para si muitas das realidades e dos institutos do Direito Trabalhista, uma vez que enumera direitos e garantias básicas concretizadas num extensivo rol de direitos sociais, alçados a nível constitucional. Contudo importa destacar que alguns dos institutos deste mesmo Direito Trabalhista também foram absorvidos pela Constituição, tais como: valor social do trabalho, igualdade salarial, repousos, horas extraordinárias etc.

Em conformidade com à natureza jurídica, o *dumping social* é uma condição de ilícito na esfera da legislação do comércio internacional assim como no direito interno, haja vista que a prática resulta em prejuízos a toda uma coletividades por execução de atividades abusivas, superando restrições tanto econômicas quanto sociais, enquadrando entre os institutos do Direito Coletivo de Trabalho, produto dos tempos modernos de fragmentação de micro ou macrolesões que se disseminam entre categorias ou grupamentos de pessoas. Tal ilícito internacional foi configurado pelo Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), nos trazendo o conceito de *dumping* em seu artigo VI, acordo ao qual o Brasil aderiu na sua ordem jurídica interna, sendo considerado uma prática danosa e por isso deve sujeitar-se à imposição de medidas *antidumping*.

Art. VI - Há dumping quando a oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior, a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto destinado ao consumo no país exportador.

Segundo o GATT/OMC, o dumping é incompatível com a ideia de concorrência perfeita e nocivo às relações comerciais internas e externas¹⁴. Para o presente estudo, o conceito de dumping utilizado é o jurídico, conforme com as normas do GATT/OMC, ou seja, é considerado prática danosa e por isso deve sujeitar-se à imposição de medidas antidumping. Assim, consoante com o AARU, para a configuração do dumping são necessários três elementos: 1) venda de produtos abaixo do preço praticado no mercado do país exportador; 2) comprovação do dano ou ameaça de dano à indústria doméstica ou do retardamento no estabelecimento de indústrias que venham a produzir o mesmo produto objeto de dumping; e 3) nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores. (Casagrande; Antunes, 2014, p. 10).

A definição legal não se restringe à marginalização de valores entre os mercados nacionais afetados, como a adotada pela teoria econômica, nem inclui todos os tipos de discriminação de preços praticados internacionalmente.

É visto inclusive que a essência jurídica é financeira.

[...] o dumping, já caracterizado como fato jurídico econômico, encontra fonte para sua categorização numa norma de Direito Internacional Econômico, e não apenas numa norma de Direito Econômico interno, [...] sendo fato de Direito Econômico, o dumping legitima a intervenção do Estado, no caso, através da aplicação das medidas antidumping. (Barral, 2000, p.49).

O entendimento jurídico de *dumping* muitas vezes é empregado como fazendo alusão a situações jurídico-econômicas distintas, conflitantes com o significado normativo, no entanto há três peculiaridades que seguem o conceito, conforme cita Barral, 2000, p. 7-8.

- a) o fato de estar sempre relacionado à ideia de prática desleal do comércio;
- b) não ter sido traduzido para outro idioma, sendo sempre utilizada a expressão em inglês;
- c) envolve uma conotação pejorativa, induzindo ao sentido de comportamento negativo ou condenável.

4 FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

Os vínculos trabalhistas possuem uma relação jurídica complexa, dinâmica, social e solidária. As normas que regularizam o preceito da proteção têm hierarquia material superior a outras normas, prevalecendo condições contratuais mais benéficas ao operário e a interpretação de tais condições é em proveito da parte mais fraca.

O direito trabalhista é contraprestação de natureza socioeconômica atribuída ao indivíduo que vende sua força de trabalho ao modelo de produção capitalista.

Com o advento de nossa Carta Magna, o Direito do Trabalhador passa a integrar um sistema vinculado aos valores, princípios e objetivos expressos na Lei Fundamental. O super aproveitamento do homem afronta inteiramente os princípios e as garantias laborativas previstas nos artigos 7º que visa os direitos dos labutadores urbanos e rurais bem como a melhoria de sua condição social, 8º evidencia a associação profissional ou sindical, 9º assegura o direito e greve dos trabalhadores, competindo a estes decidir sobre

a oportunidade de exercê-lo defendendo algum direito que julgue possuir, 10º certifica a participação dos operários e empregadores nos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação e 11º garante a eleição de um representante nas empresas com mais de duzentos empregados para que assim tenham acesso direto com os empregadores.

O trabalhador ou empregado individual, entretanto, não terá legitimidade para buscar uma sentença genérica que beneficie toda a classe de trabalhadores, pois existe vedação em nosso ordenamento jurídico neste sentido. Desta forma, não vemos como dar guarida à hipótese de condenação empresarial por *dumping social*, em reclamatória trabalhista, *ex officio*, sem pedido expresso do reclamante, na medida em que não existe em nosso ordenamento jurídico previsão legal para tal prática, que autorize a condenação a uma indenização sem que haja pedido certo e determinado, com fulcro nos arts. 128 e 460 do CPC e art. 852-B da CLT. (Santos, p. 06).

5 O DUMPING SOCIAL NA ESFERA TRABALHISTA

Atualmente o exercício do *dumping social* é visto como uma dificuldade a ser resolvida na esfera trabalhista, sendo imprescindível demonstrar a seriedade da confirmação dos direitos do empregado pelo empregador diante de um vínculo trabalhista.

Uma vez que é fator de afirmação socioeconômica da grande maioria das pessoas, o trabalho também é instrumento fundamental de efetivação da democracia visto que esta se constitui em dar poder a quem não tem riqueza. Em outras palavras, não é possível se estabelecer efetivamente democracia sem que as pessoas tenham condições sociais para tanto. Logo, a democracia não se desenvolve fora de um sistema econômico-social que valoriza o trabalho humano. (Junges, 2013, p. 15-16).

É compreendido que o abuso dos direitos provoca um estrago coletivo e mesmo havendo um enunciado jurídico provocando a responsabilização, muitas corporações prosseguem com a desmoralização quando realizam ações de *dumping social* através da diminuição dos direitos do trabalhador visando uma competição desonesta.

O inciso X do artigo 5º da Lei Maior assegura benefícios e antecipa o ressarcimento pelo dano material ou derivado de violação de sua dignidade, ao garantir que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O cabimento do dano moral faz já se encontra pacificado no direito brasileiro, em seu aspecto individual, conforme aborda o texto constitucional de 1988 em seu art. 5º, incisos V e X, quando assegura a reparação civil quando da violação de certos direitos. (Ozório, p. 15).

Ao se referir aos embasamentos para angariar a ação de compensação em razão do exercício do *dumping* social o Código Civil Brasileiro deixa evidente em seus artigos 186 que por atuação ou supressão voluntária, descuido ou inconveniência, infringir direito e ocasional lesão a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilegítimo, 187 confirma que também cometendo o mesmo ato o possuidor de um direito que, ao exercê-lo, extrapola obviamente os abordes atribuído pelo seu fim econômico, social, da boa-fé ou dos bons costumes e o 927 salienta que quem efetuar ato ilícito dos artigos 186 e 187 fica obrigado a repará-lo, que quem realiza a prática desta ação terá a obrigação de reparação.

Assim, é possível a indenização individual em razão da prática de *dumping social* para que seja protegido ao trabalhador os seus direitos.

Souto Maior, 2004, p. 9 aponta:

Em conformidade com os artigos acima citados, artigos 186 e 187, do Código Civil, independentemente de se considerar estar o empregador no exercício de um direito ao exigir serviço em certas condições de trabalho, obrigando-se apenas a uma contraprestação determinada por lei, seu ato pode se configurar como ato ilícito quando exercer seu direito abusivamente, isto é, fora dos limites impostos pelo fim econômico ou interesse social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, dando origem à obrigação de pagar uma indenização, que não se limitará, evidentemente, ao valor fixado na legislação trabalhista, vez que a expressão pecuniária que esta contém não é o valor pré-fixado de eventual lesão que venha a sofrer a pessoa humana no exercício de trabalho por conta de outrem. Ou seja, o empregador pode exigir do empregado a realização de serviços em certas condições que

extrapolem os limites legais, sendo condenado, unicamente, ao pagamento dos efeitos previstos na legislação trabalhista. Mas, se de tal prática advier dano à pessoa humana, o pagamento dos efeitos legais não elimina a responsabilidade civil do empregador em reparar o dano, responsabilidade esta que será, como dito acima, objetiva.

Os direitos dos trabalhadores são protegidos por legislação exclusiva e fundamental, precisando esses direitos ser cumprido em sua totalidade, promovendo ao trabalhador garantias igualitárias nas relações entre empregador e empregado.

A ação do *dumping* social trabalhista, elemento frequente de discussões, é considerado como uma dificuldade a ser resolvida, devido a interpretações jurisprudenciais e doutrinárias distintas, diante da precisão de se fazer cumprir as legislações trabalhistas em sua totalidade, conforme previsto constitucionalmente.

Atualmente a Justiça do Trabalho tem estendido o conceito de *dumping* social à área laboral, pretendendo não só restabelecer os direitos feridos dos operários, como também penitenciar as organizações que realizam esta prática para a aquisição de benefícios mercantis.

Nesse contexto, o Direito do trabalhador integraliza o sistema legislativo como o meio primordial de consolidação da hombridade da pessoa, proporcionando a viabilidade da inserção do trabalhador na sociedade capitalista, ocasionando uma igualdade a todos os possuidores desses benefícios.

5.1 CARACTERIZANDO O DUMPING SOCIAL NA ÁREA TRABALHISTA

O exercício do *dumping* social acontece nas situações em que há um insulto aos direitos do trabalhador de forma parcial ou total por parte dos patrões, de modo ciente e repetido, resultando na diminuição dos custos por sacrifício de seus operários, aumentando as exportações e atraindo aquisições estrangeiras, causando assim uma competição injusta com as demais corporações.

Entretanto, a ação assinalada como *dumping* social constitui se totalmente ilegítima, tendo em vista que desobedecem aos direitos trabalhistas do empregado, garantidos por meio de nosso ordenamento jurídico, assim, constituindo a exploração de serviços

baratos para a aquisição de menores custos na produção de mercadorias.

De tal modo a ação do *dumping* social tem como efeito a competição injusta com as demais empresas que cumprem com suas obrigações trabalhistas totalmente e que exercitam os preços normais de mercado, pois os empreendimentos que praticam o *dumping* social colocam os seus produtos no mercado com preços extraordinariamente concorrentes.

5.2 CONSEQÜÊNCIAS DA REALIZAÇÃO DO DUMPING SOCIAL NA ÁREA TRABALHISTA

As implicações decorrentes da execução do *dumping social* trabalhista podem ser diversos, haja vista ser considerada uma ação que afronta os princípios constitucionais. Um dos efeitos mais relevantes é a origem da competição desonesta no comércio, acarretando disparidades de obrigações.

Nas palavras de Barral (2000 citado por OZORIO, 2013, p.8):

O *dumping* atropela preferencialmente o Direito em três de seus mais importantes seguimentos na dinâmica social moderna: civil, na medida em que invade a área das obrigações (contratos) e do direito de empresa; trabalhista, na medida em que manipula malignamente a relação individual de emprego; e consumerista, na medida em que tumultua as relações de consumo.

Portanto, é imprescindível impedir que a desmoralização aos direitos básicos do trabalhador seja visto como um comércio eficaz, sendo a sua prática comparada a um modo de trabalho escravo no mundo atual, havendo aproveitamento de serviços, submetendo o trabalhador em condições puxadas de jornadas de trabalhos e não sucedendo a execução dos direitos que pertencem ao trabalhador.

Portanto, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988, esta garantidora dos direitos mínimos trabalhistas e considerada como a “Lei Áurea atual”, a prática do *dumping social* trabalhista pode ser comparada a uma forma de trabalho escravo na atualidade, no qual há exploração da mão de obra, submetendo o trabalhador em condições exaustivas de jornadas de trabalhos e não sucedendo a efetivação dos

direitos trabalhistas a que lhe pertence. (Nonaccorsil; Vareto, 2014, p. 10)

6 AS LEGISLAÇÕES TRABALHISTAS AGINDO NO COMBATE DA PRÁTICA DO DUMPING SOCIAL

O ponto principal para restringir, combater o *dumping* social é a sua finalidade predatória de suprimir a competição e conquistar o mercado, elevar de um só lado os preços e angariar proveitos monopolistas, configurando desmoralização aos direitos trabalhistas.

Para um combate eficaz faz-se necessário identificar os focos de sua atuação e estabelecer uma punição das empresas responsáveis pela sua prática. Somente a efetiva repreensão em face do *dumping* social é capaz de garantir o respeito pleno aos direitos do trabalhador.

Fazendo assim a congruência, o equilíbrio e a essência de um sistema jurídico legítimo, há de se respeitar a personalidade humana como um direito fundamental. (Schultze; Martins, 2015, p. 7).

Após a sua composição em ações trabalhistas e na qual esta acarretou danos aos operários e a sociedade, é indispensável que se tome medidas adequadas e preventivas garantindo a execução dos direitos destes labutadores, impedindo assim a prática determinada do *dumping* social trabalhista.

O ajustamento das legislações trabalhistas como um modo de impedir a realização do *dumping* social, procederia a uma completa liberdade de operação dos princípios trabalhistas, ou seja, a corporação alcançaria a liberdade de acordar os direitos específicos de cada classe abertamente com o empregado ou o sindicato no qual ele faz parte, ajustando a aceitação de meios empreendedores e, ao mesmo tempo, seguros, tendo a eficácia na aplicação das normas trabalhistas em sua totalidade.

Carvas, 2011, salienta:

O Brasil tem feito o seu papel na medida em que possui uma legislação trabalhista avançada e em constante adaptação com o fim de combater os problemas laborais, ainda que apenas internamente. A ideia é de

que defendendo os interesses privados do empregado de forma imediata, protege-se a sociedade como um todo numa finalidade mediata, num segundo momento. As práticas nocivas aos direitos dos trabalhadores, tendo como exemplo o *dumping* social, constitui-se verdadeira afronta aos direitos sociais do trabalhador.

As associações que representam as classes profissionais menosprezadas em tais empreendimentos poderão arbitrar demandas demandando a retirada do injusto, em anexo com demais processos, inclusive de danos morais em uma coletividade por *dumping* social, cujo ressarcimento deverá ser convertido para um fundo correlato dos operários, ou para instituições que possuem o intuito de combater tais atos ilícitos no seara empresarial, ou que se destinem a clientela de indefesos. O Ministério Público do Trabalho também poderá apaziguar conflitos que envolva a prática *dumping* social.

Souto Maior, 2004, p. 12 aponta a indenização como sendo:

Em se tratando de práticas ilícitas que tenham importante repercussão social, a indenização, visualizando esta extensão, fixa-se como forma de desestimular a continuação do ato ilícito, especialmente quando o fundamento da indenização for a extrapolação de limites econômicos e sociais do ato praticado, pois sob o ponto de vista social o que importa não é reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas, vítimas em potencial do agente, possam vir a sofrer dano análogo.

7 DUMPING SOCIAL NO BRASIL

Considerando que a atividade laboral é um dos elementos que dignificam o homem, e que a referida atividade oferta a condição de servidor nos vínculos empregador e empregado, esta propõe reconhecer sua importância na sociedade.

A constatação do *dumping* social pelo ordenamento jurídico de nosso país é consequência de um conjunto sujeitado e propício à lesão, sendo violadas suas garantias básicas. Na Justiça do Trabalhista teve início sob a conjuntura de integração econômica, do aumento dos mercados e da competição entre as corporações diante a assistência individual e coletiva dos laboriosos.

O que se aguarda é que se tenha pelo menos o menor recurso almejado a fim de o servidor seja considerado como pessoa pelo seu patrão, que é o dono exclusivo dos meios de fabricação, os meios fundamentais e relevantes estatuídos na legislação.

A execução do *dumping* social no Brasil teve ampliação juntamente com a ampliação da mundialização, que coincide com o internacionalismo do princípio capitalista, momento em que houve a extensão da indústria, transpondo as alcances econômicos das Nações.

Seguindo Reale (2012) a globalização é a grande culpada pela crise do direito do trabalho. Conceituado autor afirma:

Quanto ao impacto da globalização da economia sobre o direito do trabalho, o tema abre à reflexão do estudioso a um leque de questões, todas de grande relevância, quer no campo do direito individual, quer no direito coletivo. Cabe examinar, apenas, dois aspectos: a crise do chamado “princípio protetor” e os efeitos da exigência de competitividade das empresas sobre a tradicional regulação heterônoma das condições de trabalho. (...) As exigências da economia preconizam o triunfo do mercado e impõe a flexibilização das condições de trabalho, como condição para a redução dos custos da empresa.

A economia internacional cresceu provocando extensão na competição entre as corporações, dentre elas as multinacionais, o que gerou certa instabilidade e o afastamento que muitos empreendedores desta área. O descimento de preços com os operários por meio da baixa ou extinção dos direitos básicos dos trabalhadores foi uma das alternativas adotadas para se manter no mercado competitivo.

Os direitos dos trabalhadores deveriam ser acatados em todas as situações, pois apenas desse modo seria possível condições de trabalhos eficientes aqueles que necessitam.

Para Nascimento (2014, p. 18):

O direito do trabalho é expressão jurídico e arma de renovação social pela sua total identificação com as necessidades e aspirações concretas do grupo social diante dos problemas decorrentes da questão social. Representa uma atitude de intervenção jurídica para a

reestruturação das instituições sociais e para melhor relacionamento entre o homem que trabalha e aqueles para os quais o trabalho é destinado.

Mesmo que não exista regulamentação específica no ordenamento legal interno brasileiro, é possível encontrar solução por meio de análise sistemática de vários dispositivos legais.

O artigo 404, parágrafo único, da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, prevê o pagamento de ressarcimento suplementar para compensar perda e dano, que pode advir, inclusive, da prática do *dumping* social. Tal indenização já encontrava respaldo nos artigos 652, d, e 832, § 1.º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

A melhor forma de inibir o *dumping* social é estabelecer sanção para os empreendimentos que a exercitam, e a maioria das condenações por *dumping* social vem relacionada à extensão da etapa de trabalho.

No enfrentamento à prática do *dumping* social, no domínio trabalhista, admite-se em alguns casos a condenação na indenização pela prática de *dumping* social ainda que a indenização não tenha sido pedida pelo trabalhador, sem que isso configure *extra petita* dos juízes nas sentenças trabalhistas.

8 A PROTEÇÃO TRANSNACIONAL DOS TRABALHADORES CONTRA O *DUMPING* SOCIAL NO BRASIL

Nascimento, 2011, declara:

O *dumping* social caracteriza-se como a ocorrência de uma transgressão consciente, deliberada e reiterada dos direitos sociais dos trabalhadores, provocando reflexos inclusive nos direitos metaindividuais, pois sua prática atinge toda a sociedade.

A globalização impõe novo ritmo às relações laborais no mundo, facilitando a exploração dos hipossuficientes, especialmente em países com leis trabalhistas praticamente inexistentes, abrindo maior precedente para a concretização do *dumping* social.

A globalização impõe a diminuição dos valores com a fabricação de produtos das empresas, estimulando a contratação informal, o que enfraquece a luta por justiça social e pelo melhoramento das condições de vida do operário.

Como salienta Machado (2011):

O combate ao trabalho escravo e outras formas de barateamento de custos de produção através do aviltamento do trabalho humano, exigiram a atuação de órgãos supranacionais, como a Organização Internacional do Trabalho e a Organização Mundial do Comércio.

[...] o trabalhador é quem tem suportado, de modo visível, o custo deste enfrentamento entre diferentes centros de produção, o que pode ser demonstrado pela utilização cada vez mais frequente do chamado *dumping social*, prática condenável de desrespeito às garantias mínimas do trabalhador, como forma de reduzir custos de bens e serviços. (Machado, 2011, p.79).

O *dumping social* se faz uma realidade presente especialmente nos países considerados em desenvolvimento, como nos países asiáticos, acarretando perdas aos trabalhadores e às economias de muitos países, que tem o comércio de seus produtos prejudicado pela concorrência desleal. Nesse cenário, a única solução que nos parece plausível é a atuação no âmbito transnacional ou internacional, para combater o *dumping social*. Tal papel pode ser realizado através da Organização Internacional do Trabalho, órgão supranacional que vem atuando desde o início do século XX na proteção ao trabalho.

Ressalta que o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente, para assegurar a equidade, o progresso igualitário e a erradicação da pobreza, o que confirma a precisão de que a Organização desempenhe papel ativo na promoção de políticas sociais sólidas, de uma justiça social e garanta o funcionamento de instituições democráticas.

CONCLUSÃO

A técnica do *dumping social* difundiu-se pelo comércio mundial, onde as empresas passaram a se preocupar menos com seus empregados voltando à atenção para seus lucros e diminuição

de valores com a fabricação de produtos, o que acarretou efeitos devastadores que puderam ser sentidos nos mais diversos países, principalmente os que se encontravam em desenvolvimento. Nesse ínterim os direitos fundamentais passaram a ser desconsiderados, tornando as condições trabalhistas inferiores aos padrões ditos razoáveis. Surgiram acordos internacionais com intenção de instituir princípios e normas a serem seguidas pelos países, atuaram a OMC e a OIT, órgãos que tentam regular o *dumping* social no cenário internacional.

O que fica evidente nesse sentido ao se falar em *dumping* social é a lesão os direitos fundamentais basilares do homem, implicando desrespeito com a casta labutadora, e que deve ser combatido por todos mesmo que se apresente em sua forma mais complexa.

No que tange a execução de indenização pelos prejuízos angariados por meio da realização do *dumping* social esta poderá ser postula individualmente respeitando a uniformização das normas jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALVES, N. P; AGUILA, I. M. **Dumping Social como Instrumento de Precarização dos Direitos Trabalhistas no Brasil: Necessidade de Regulamentação**. Disponível em:

<<http://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/272>>. Acesso em: 23 Out 2017.

BARRAL, W. O. **Dumping e Comércio Internacional: A Regulamentação Antidumping após a Rodada Uruguai**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BONACCORSIL, A. H. A; VARETO, T. C. **LJ 0119 - A Prática do Dumping Social no Âmbito Trabalhista e seus Efeitos**. Disponível em:

<<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=118>>. Acesso em: 23 Out 2017.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. . Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVAS, L. G. A. **Desmistificando o dumping social. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 3014, 2 out. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20121>>. Acesso em: 23 Out 2017.

CASAGRANDE, L. P; ANTUNES, T. C. M. **Dumping Social e a Proteção aos Direitos Sociais dos Trabalhadores.** Disponível em:

<<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50527>>. Acesso em: 23 Out 2017.

CHAVES, M. C. G. Dumping social como fator de precarização das relações de trabalho. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8087&revista_caderno=25>. Acesso em: 23 Out 2017.

JUNGES, A. S. **Dumping Social no Direito do Trabalho Brasileiro.** Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=118>>. Acesso em: 23 Out de 2017.

MACHADO, R. R. **Igualdade, Liberdade Contratual e Exclusão, por Motivo de Idade, nas Relações de Emprego.** Porto Alegre: Magister, 2011.

MARDERS, F; LAMB, N. V. W; MACHADO, R. R. **A Proteção Transnacional dos Trabalhadores Contra o Dumping Social no Brasil: Análise do Papel da Organização Internacional do Trabalho.** Disponível em:

<<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/download/.../1662>>. Acesso em: 23 Out 2017.

MASSI, J. M. **O Dumping e a Concorrência Empresarial.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaos/arquivos/anais/XIVCongresso/075.pdf>>. Acesso em: 28 Out 2017.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de direito do trabalho.** Editora Saraiva, 29ª edição, São Paulo, 2014.

OZORIO, C. M. **Dumping Social e o Dano Moral na Relação de Trabalho.**

Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/artigos/ed5-6.pdf>>. Acesso em: 23 Out. 2017.

REALE, M. **A Globalização da economia e o Direito do Trabalho.** Revista LTr, n. 61, 2014.

SANTOS, E. R. **O Dumping Social nas Relações de Trabalho. Formas de Combate.** <Disponível em: <http://www4.trt23.jus.br/revista/content/o-dumping-social-nas-rela%C3%A7%C3%B5es-de-trabalho-formas-de-combate>>. Acesso em: 23 Out 2017.

SANTOS, C. F; ARAUJO, H. L. **Dumping Social e o Direito do Trabalho.**

Disponível em: <

http://www.revistapensar.com.br/direito/pasta_upload/artigos/a251.pdf>. Acesso em: 23 Out 2017.

SCHUTZE, A. I. L; MARTINS, F. B. G. **O Dumping Social nas Relações Trabalhistas.** Disponível em:

<intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewPDFInterstitial/.../4756
>. Acesso em: 23 Out 2017.

SOUTO MAIOR, J. L. **A Responsabilidade Civil Objetiva do Empregador com Relação a Danos Pessoais e Sociais no Âmbito das Relações de Trabalho.**

Disponível em:

<http://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/a_responsabilidade_civil_objetiva_do_empregador_com_rela%C3%87%C3%83o_a_danos_pessoais_e_sociais_no_%C3%82mbito_das_rela%C3%87%C3%95es_de_trabalho..pdf. >.

TRIERWEILER, G. F. **As Relações de Trabalho, o Dumping e a Crise Econômica.** Revista IOB Trabalhista e Previdenciária, n. 242, p. 81-91, ago. 2009.

DESAFIOS DO MULTICULTURALISMO PARA O DIREITO ARBITRAL E OS NEGÓCIOS INTERNACIONAIS

Rhyanne Dutra Machado Mendanha¹

Florisbal de Souza Del ‘Olmo²

INTRODUÇÃO

A ideia de multiculturalismo já existe desde a antiguidade, entretanto, a palavra “multiculturalismo” só passou a ser conhecida e utilizada no ano de 1965, no Canadá, para representar uma forma de diversidade cultural. O multiculturalismo é mais uma arena para o debate ideológico do que de fato uma ideologia, envolvendo em si vários pontos de vista das consequências ocasionadas pelo crescimento da diversidade cultural (HEYWOOD, 2010, p.95). Debates como estes ditam como é possível resolver conflitos ocasionados pela mesma. Entretanto, mesmo que a diversidade cultural seja crescente, é preciso analisar como ela é vista entre os povos conflitantes, definindo em geral uma unidade cívica.

O multiculturalismo define a diversidade do interior da comunidade para o exterior, pois se existe o respeito aos direitos fundamentais internamente, externamente esses direitos podem ser levados em consideração com as devidas argumentações. Culturas diferentes merecem proteção e fortalecimento, principalmente, as

¹ Bacharelada em direito pela FACULDADES INTEGRADAS VIANNA JÚNIOR, graduanda em comércio exterior pela Estácio de Sá.

² Pós-doutor em Direito pela UFSC (2008), Doutor em Direito pela UFRGS (2004), Mestre em Direito pela UFSC (1999). Professor titular do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado e da Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo e professor convidado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

pertencentes a grupos minoritários e vulneráveis. Para que essa defesa seja realizada mundialmente, existem órgãos responsáveis pelos direitos humanitários, que delimitam leis e processos jurisprudenciais que transmitem a defesa em sua unidade e força (HEYWOOD, 2010, p.96).

Com as migrações internacionais de 1945, ocasionou uma mudança nas ideologias políticas multiculturais, com um consequente aumento na diversidade cultural em diversos meios. Para auxílio e reconstrução do pós guerra fria, muitos povos foram sendo chamados para trabalhar em diversos países, principalmente no ocidente, gerando uma grande rotatividade e ascensão da imigração. Em 1990 a intensa migração de refugiados e convidados estrangeiros aumentou-se por todo o mundo, levando ao que chamamos de “planeta hiper móvel”. Existem duas razões para que esse processo ocorresse. Primeiro, devido ao grande aumento de refugiados que chegou a um pico de 18 milhões em 1993, sendo resultado do recrudescimento da guerra, do conflito étnico e das transformações políticas da era pós guerra fria. Segundo, a intensificação da pressão para a imigração de diversas maneiras ocasionada pela globalização econômica, sendo os imigrantes “empurrados” devido à ruptura do modelo econômico causado pelo aumento da concorrência internacional (HEYWOOD, 2010, p.99).

O multiculturalismo pode ser utilizado em diversas aplicações jurídicas e também sociais. As políticas públicas transmitem o reconhecimento interno nas sociedades e grupos culturais, satisfazendo necessidades específicas e assegurando as devidas oportunidades a todos. Dentre os temas mais discutidos no multiculturalismo, está o pós colonialismo, identidade e cultura, direito das minorias e a diversidade. O pós colonialismo teve uma grande importância, pois discutia as dimensões culturais do império, por volta de 1945, legitimando ideias e correntes políticas fora do ocidente, tendo assim diversas formas, como consequência, o pós colonialismo proporcionou uma visão mais ampla à predominância eurocêntrica da época e desenvolvendo a voz política em países emergentes. A identidade definida no multiculturalismo, abordando em um ponto de vista político, procura promover os interesses em um grupo interno social específico, fortalecendo o coletivo e vivência ao meio, transmite uma visão unitária do indivíduo em suas diversas áreas social, políticas, culturais e ideológicas. Partindo dessa analogia, a cultura apresenta um papel de destaque para a formação do indivíduo, determinando o modo de vida da sociedade, moldando valores a

partir de regras e princípios inerentes à identidade individual e o mundo. O direito das minorias vem sendo assegurado juntamente com o desenvolvimento do multiculturalismo, em 1995, Will Kymlicka tentou implantar sistemáticas para identificação desses direitos, que foram divididos em: direitos de autogoverno, direitos poliétnicos e direitos de representação. Já a diversidade em relação ao multiculturalismo, está relacionada com a unidade, não sendo medidas opostas, visando à multiplicidade de identidades e lealdades, provocando assim uma estabilidade política, deve-se assim ressaltar que, a diversidade cultural é necessária para que um país se desenvolva cada vez mais com novas oportunidades e ideologias, sendo respeitada e aceita por todos, transmitindo também à estimulação a tolerância.

O multiculturalismo, apesar de seu grande desenvolvimento, apresenta diversos conflitos, tanto entre sociedades quanto no âmbito negocial. A globalização provocou um rápido crescimento nos negócios internacionais, que são métodos aplicáveis ao comércio exterior, ou seja, práticas negociais ocorridas fora da fronteira do país, possui uma extrema associação ao comercial, porém, baseia-se muito além, aderindo também a política, ideologias culturais e sociais. Relaciona empresas, estados e até mesmo organizações internacionais.

Como métodos de solução de conflitos surgem novos estudos dedicados ao direito arbitral, que visa transmitir aplicabilidades às resoluções de problemas internacionais e até mesmo nacionais. Ao longo do artigo será demonstrado como os negócios internacionais podem ser extremamente afetados e qual a sua relação com o multiculturalismo, ocasionando divergências que podem ser solucionadas pela arbitragem.

1 NEGÓCIOS INTERNACIONAIS

Os negócios internacionais, como ditos anteriormente, é todo o negócio realizado fora da fronteira do país vigente, estando ligado a questões de natureza política, ideológica e social. Para que o negócio internacional funcione e exista, devem-se seguir normas jurídicas aplicáveis internamente ou externamente, estabelecendo-se tratados internacionais que normatizam esses processos no exterior, podendo ser usado também leis específicas e portarias. No Brasil, a

Constituição Federal insere artigos que especificam normas às relações internacionais.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional; II – prevalência dos direitos humanos; III – autodeterminação dos povos; IV – não intervenção; V – igualdade entre os Estados; VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo; XIX – cooperação entre os povos; X – concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações (SENADO, 1988, Art.4º).

O Direito econômico internacional, onde tem como pontos o Direito comercial internacional, visa organizar economicamente e financeiramente os Estados, juntamente com organizações internacionais, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), que pode ser utilizada como um importante meio de solução de controvérsias. Conforme afirma Timm, Ribeiro e Estrella, os limites à regulação do comércio internacional pelos Estados, estabelecidas nos acordos da OMC, favorecem as empresas ao garantir a previsibilidade e a equidade nos negócios internacionais. Esse direito também tem como função regulamentar normas, por meio de princípios, diretrizes e regras de mercado.

Segundo Leila Bijos, entre os setores de especial relevância para o Direito do Comércio Internacional, podemos destacar a proteção dos direitos de propriedade intelectual, a regulação das empresas transnacionais, as regras de contratação internacional em geral, especialmente os contratos de compra e venda internacional. É preciso ter a devida compreensão dos mercados internacionais, para isso, existem estudos relacionados aos instrumentos de proteção e regras em geral. O direito comercial internacional é argumentado em uma perspectiva *lex mercatoria* que argumenta a elaboração do mesmo pelos próprios comerciantes, ou seja, sendo inteiramente privado e sem interferência do Estado, fundamentado pela autonomia da vontade. Os próprios comerciantes por meio de estudos específicos formulam as normas utilizando-se da arbitragem comercial internacional. Conforme afirma João Rezende, a *lex mercatoria* é caracterizada por seu caráter transnacional, pelos usos e costumes no comércio, pela utilização de tribunais arbitrais do

comércio, pela informalidade e rapidez e, sobretudo, pela consideração da boa-fé na atividade comercial.

Apesar de ser um Direito especial, o Direito Comercial Internacional, apresenta barreiras em sua regulamentação específica por ter diversas realidades, faltando-se assim normas em determinadas situações para a devida aplicação. Segundo Leonardo Garcia, a perspectiva de codificação do Direito do Comércio Internacional, levada a efeito por um órgão codificador da Organização das Nações Unidas (ONU), denominada United Nations Commission on International Trade Law (Uncitral), responsável pela efetivação de um Direito uniforme, encontra dificuldades, pois seu desenvolvimento depende da elaboração legislativa de um único órgão, esquecendo-se dos problemas específicos surgidos nas mais diferentes localidades.

Uma das principais características do Direito Comercial Internacional é a pluralidade de participantes, sendo eles pessoas jurídicas de empresas transnacionais, de grande influência estatal e sociedades constituídas a partir de tratados internacionais. Tem-se como outra característica o procedimento de produção normativa, influenciado por forças internacionais específicas capazes de delimitar regras e princípios para o seu funcionamento. O Direito Comercial Internacional possui um grande potencial técnico para regulamentação.

A autorregulação do comércio internacional tem desenvolvido respostas jurídicas concretas para as necessidades do mercado. Há um conjunto de normas cada vez mais numeroso à margem do Estado. O comércio, contudo, requer um marco institucional caso não se possa constituir determinado mercado somente mediante instrumentos econômicos, além da adequação em muitos casos de algumas formas de protecionismo. O livre mercado implica reorientação dos poderes públicos, que passa a ocupar-se de assegurar a livre concorrência e a adequada prestação dos serviços públicos por empresas privadas (BIJOS, OLIVEIRA & BARBOSA, 2013, p.3).

A legislação nacional precisa estar cada vez mais unificada com a legislação internacional, pois a diferença apresentada entre elas demonstra-se inadequada e inflexível. Esse processo unificador demonstra maior segurança nas transações, importações e exportações, definindo o padrão ideal para os negócios internacionais. Uma legislação mais uniforme não pressupõe a

mesma interpretação, tornando-se assim, livre o ponto de vista interpretativo da norma jurídica.

No comércio internacional, existe a participação de órgãos internacionais que ajudam a solucionar conflitos, como a ONU, OMC, OEA, MERCOSUL e muitos outros que com o auxílio dos direitos humanos, proporcionam o ordenamento e medidas cabíveis para o melhor funcionamento dos negócios internacionais. Por meio de dispositivos aplicáveis, a Convenção de Direito Internacional Privado de 1928 estabeleceu que a capacidade de exercer o comércio e para intervir em atos e contratos comerciais é regulada pela lei pessoal de cada interessado, determinando algumas proibições para cada situação.

A globalização é a grande influenciadora do desenvolvimento do comércio internacional, proporcionando os Estados e as empresas, além de pessoas, para um mercado mais promissor e diversificado. A globalização apresenta para os negócios internacionais alguns aspectos consideravelmente positivos, como o aumento do número de interligações econômicas ao redor do mundo, aumento territorial e quantitativo das empresas internacionais, ampliação do comércio além das fronteiras do país vigente, aumento de responsabilidades e papel das organizações internacionais em políticas nacionais, crescimento da diversidade cultural, diversidade no preço de produtos e volatilidade nos preços das moedas, diminuição do desemprego, entre muitos outros benefícios. Entretanto, dentro de muitas vantagens existem também desvantagens conflituosas, tendo em vista que alguns países possuem políticas econômicas liberais e outros nem tanto, gerando grandes divergências na cultura e organização governamental e jurídica.

Para que ocorram os devidos estágios negociais nacionais e internacionais os negociantes devem saber como se relacionar entre si e de forma multicultural, transmitindo assim a qualidade necessária para a realização dos processos. Devido a grandes diferenças culturais, o ser humano procura estudar em organizações o modo de cada ambiente, para que cada singularidade seja fundamentada. Todo esse processo, somente pode ocorrer quando o ser humano coloca em seu desenvolvimento que todos devem se conectar e entender uns aos outros. O relacionamento entre pessoas influencia na qualidade dos negócios realizados e serviços prestados, refletindo

não somente nas empresas que estão incumbidas de fornecer as atividades negociais, mas em toda a sociedade.

O comércio internacional esteve presente através de grande parte da história da humanidade, mas a sua importância econômica, social e política, tornou-se crescente nos últimos séculos. O avanço industrial, dos transportes, a globalização, o surgimento das corporações multinacionais, e o outsourcing tiveram grande impacto no incremento deste comércio. (CORREIA & ROSA, 2006, p. 3).

Devido a intensas disparidades e normas influenciadas pelo multiculturalismo é que existe o que chamamos de Direito Arbitral, que terá como foco apresentar resoluções para os conflitos decorrentes, tendo em vista que o Direito Comercial Internacional ainda está em profundas modificações. O Direito Arbitral irá regulamentar soluções extrajudiciais, regulamentando métodos ideias para soluções de controvérsias em todas as partes.

2 DIREITO ARBITRAL

A arbitragem internacional comercial é um dos métodos extrajudiciais mais utilizados no Direito Comercial internacional, servindo para a resolução de conflitos e controvérsias. Para iniciarmos sobre este assunto tão importante para o Direito, precisamos conceituar. A arbitragem é tradicionalmente definida na França como, um dispositivo pelo qual é a resolução de uma questão, interesse de duas ou mais pessoas, é confiada a uma ou mais pessoas, o árbitro ou árbitros, que derivam seus poderes de um acordo privado, não das autoridades de um Estado, e quem deve proceder e decidir o caso com base em tal acordo (GAILLARD & SAVAGE, p.9). Entretanto, conforme afirma Gaillard, o direito da França possui uma grande divergência de outros sistemas legais, na Suíça, a arbitragem é definida como, um método privado de resolução de conflitos, baseado no acordo entre as partes. Sua principal característica é que envolve submeter à disputa a indivíduos escolhidos, direta ou indiretamente, pelas partes (GAILLARD & SAVAGE, p.10). Na arbitragem internacional, essa definição é preferível à definição negativa encontrada na legislação nacional, segundo a qual a principal característica da arbitragem é o fato de a disputa ser removida da jurisdição dos tribunais.

No comércio internacional é comum a utilização da arbitragem, pois se tornou um meio mais objetivo para resolver conflitos, e satisfazer os anseios. A justiça estatal promove um tempo mais longo para a resolução de conflitos, os problemas encontrados neste método judicial é que com o tempo que um processo fica parado ele já perdeu grande parte do seu valor, já com a arbitragem esse conflito é resolvido com mais agilidade e satisfaz a ambas as partes. Este método está em constante mudança para que a constituição vigente de cada país possa ser respeitada e valorizada devidamente atendendo a diversidade cultural encontrada, o que é uma grande dificuldade, pois principalmente em países latino americano a legislação não está adaptada a este método aderindo muitas vezes à sobrecarga da justiça estatal, judicial.

A maioria dos Códigos Comerciais ou de Processo dos países latino americanos foram redigidos no final do século XIX ou no primeiro terço do século XX, sob a influência dominante dos países ibéricos (Espanha e Portugal) e do direito francês, e por esta razão eles seguem as ideias do século passado (LEE, 2002, p.10). Assim, estas disposições eram completamente inadequadas à realidade da arbitragem comercial internacional moderna. Afirma também, que a arbitragem no MERCOSUL representa um meio de garantir a segurança das transações comerciais não somente entre os residentes dos países membros, mas também entre estes e os investidores de países terceiros.

A arbitragem comercial internacional possui importantes características, como não ser afetada pelo poder estatal, e possui grande liberdade entre as partes, promovendo assim meios mais práticos de resolução de conflitos e atendimento ao requerido, enquanto no judicial o processo de atendimento as vontades das partes é mais restrito impedindo muitas vezes a realização dos anseios entre ambos. Os árbitros deve possuir um grau elevado de especialização técnica para poder negociar da forma adequada a cada país. A rapidez no processo de resolução é uma importante característica, pois além de ser um grande diferencial facilita o judiciário no processo massivo do Estado. É importante afirmar também como um dos mais importantes princípios da arbitragem comercial internacional a autonomia da vontade, dando a liberdade às partes e aos árbitros de decidirem tudo que não proíbe em lei.

CONCLUSÃO

Após análises completas de cada âmbito, desde o multiculturalismo até o direito arbitral, é possível verificar o quanto o Direito Arbitral está em desenvolvimento, porém, é um dos meios mais adequados e eficazes para a solução de controvérsias no âmbito do direito comercial internacional e até mesmo nas demais áreas. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (CASA CIVIL, 1996, p.1).

Para que este método solucionador possa ser cada vez mais vigorado nos negócios internacionais é que temos a ajuda de tribunais internacionais e até mesmo câmara arbitrais, onde possuem a incumbência de realizar determinações cabíveis para cada ato. Visto isto que precisamos aprofundar nos estudos do direito arbitral e implantá-lo em atividades negociais, unificando os pensamentos entre países e evitando que o multiculturalismo e o constitucionalismo afetem as decisões.

A arbitragem apresenta-se como justiça alternativa, cujas sentenças são prolatadas por árbitros livremente escolhidos pelas partes e especialistas nas áreas objetos dos conflitos. É um procedimento fundado na confiança entre as partes e entre estas e a decisão dos árbitros escolhidos (FERREIRA, 2015, p.20).

REFERÊNCIAS

- HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas**: Do feminismo ao multiculturalismo. 1ª Edição. São Paulo: Ática, 2010.
- DE SOUZA, Milena Costa. **Sociologia do consumo e indústria do consumo**. 1ª Edição. São Paulo: Intersaberes, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- RUPERT, Rhodd. **Negócios Internacionais**. 1ª Edição. São Paulo: Eskenazi Ind. Gráfica, 2013.
- SILBER, Simão Davi. **Teorias do Comércio Internacional**. In: VASCONCELOS, M. A. S. de; LIMA, Miguel; SILBER, S. D. Gestão de Negócios Internacionais. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BIJOS, L.; OLIVEIRA, J.R.A.; BARBOSA, L.G. **Direito do comércio internacional:** Delimitação, características, autorregulação, harmonização e unificação jurídica e Direito flexível. Brasília. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496982/000991336.pdf?sequence=1>>. Acesso em: Março de 2013.

GAILLARD, E; SAVAGE, J. **Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration.** The Hague, Boston and London: Kluwer Law Internacional.

LEE, João Bosco. **A arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul.** Curitiba: Juruá Editora, 2002.

SANTOS, Boa Ventura de Sousa. **Epistemologias do Sul.** 1ª Edição. Coimbra: Almedina, 2009.

MODANEZI, Vinícius. **O comércio internacional e as habilidades necessárias para lidar com a diversidade cultural.** Monografia: Itajaí, 2009.

FERREIRA, Carolina Iwancow. **Arbitragem Internacional & sua aplicação no Direito Brasileiro.** 2ª Edição. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

SOUZA, M.C; SANTOS, B.M. **A União Européia e sua perspectiva multiculturalista:** Reafirmação de respeito aos direitos humanos. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/volume9/arquivos_pdf/sumario/Mercia%20Cardoso%20de%20Souza%20e%20Braulio%20de%20Magalhaes%20Santos.pdf>.

SCHERER, Flávia Lúcia. **Negócios Internacionais:** A consolidação de empresas brasileiras de construção pesada em mercados externos. Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/CSPO-72THCC/fl_via_luciana_scherer.pdf?sequence=1>. Acesso em: 2007.

GUEDES, Ana Lucia. **Negócios Internacionais e Gestão Internacional:** De Onde Viemos e para Onde Vamos. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.anpad.org.br/admin/pdf/ESO-B2679.pdf>>. Acesso em: 2007.

MIGUEZ, P; BARROS, J.M; KAUARK, G. **Dimensões e desafios políticos para a diversidade cultural.** 1ª Edição. Bahia: Edufba, 2014.

GOMES, Orlando. **Ambiente internacional de negócios:** Evidência empírica e apontamentos teóricos. Lisboa. Disponível em: <<https://repositorio.ipl.pt/bitstream/10400.21/1100/1/AmbIntdeNegocios.pdf>>. Acesso em: 2012.

CASTRO, Thales. **Teoria das relações internacionais.** 1ª Edição. Brasília: Editora e Gráfica Ideal, 2012.

MAZON, F. S; JAEGER, M. A; KATO, H. T. **Percepção das barreiras aos negócios internacionais:** Aspectos relacionados à internacionalização e expatriação. Erechim. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/126_95.pdf>. Acesso em: 2010.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **Arbitragem Estrangeira e internacional.**

Disponível em: < <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D13-12.pdf>>. Acesso em: 2012.

MOTA, Filipa. **A arbitragem na câmara de comércio internacional.** Disponível em: <https://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mhb_ma_13156.pdf>.

ONU. **Estatuto do tribunal internacional de justiça.** Portugal. Disponível em: < <https://www.unric.org/html/portuguese/charter/Estatutotij.pdf>>.

CIVIL, Casa. **Lei de Arbitragem nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** 1ª Edição. Brasília: Senado, 1996.

República, Presidentes. **Convenção de direito internacional privado.** 1ª Edição. Código Bustamante, 1928.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **Arbitragem internacional.** Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31351-35151-1-PB.pdf>>.

NALESSO, Thiago Fernando Cardoso. **Fontes do Direito Internacional do Comércio:** a Nova Lex Mercatoria e o Surgimento de um Direito Global. São Paulo. Disponível em: <<http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/downloads/08UNI145a158.pdf>>. Acesso em: 2011.

LA HUMANIDAD A FAVOR O EN CONTRA DE LA PROTECCIÓN AL MEDIO AMBIENTE¹

Manuel Alejandro Pérez Vallejo²

Jaime Cubides Cárdenas³

Antonio Fajardo Rico⁴

*El mundo es suficientemente grande para satisfacer
las necesidades de todos. Pero siempre será
demasiado pequeño para la avaricia de algunos.*

Gandhi

¹ Capítulo resultado de investigación del Proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, perteneciente a la Línea de Investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

² Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” y del semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional de Derechos Humanos” vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: maperez44@ucatonica.edu.co.

³ Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magíster en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magíster en Derecho de la misma casa de estudios, Doctorando en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente asociado e Investigador Senior y Líder del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 en Convocatoria 781 de 2017 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC). Contacto: jacubides@ucatonica.edu.co.

⁴ Abogado de la Universidad de la Amazonia y Administrador de Empresas de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, especialista en gerencia del talento humano de la Universidad de la Amazonia, Magíster en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad Católica de Colombia. Investigador del Grupo de investigación Observatorio Ambiental y de Paz de la Universidad de la Amazonia. Contacto: gerencia@fajardomurciaabogados.com

INTRODUCCIÓN

La protección del medio ambiente es una obligación que ha adoptado la humanidad desde la conferencia de Estocolmo⁴, en el año de 1972, en donde varios sujetos internacionales⁵ se reunieron para discutir sobre: cómo se va a proteger el medio ambiente en el futuro. Al ser los únicos seres racionales y ser la especie dominante en el planeta, es necesario que la humanidad regule sus actuaciones respecto al medio ambiente.

Desde 1972, se observó que los recursos que extraen los seres humanos no son infinitos, provocando de esa manera inestabilidad en la superficie terrestre, es así como Behrens, Meadows, Meadows, & Randers, 1972, citados por Orellana (2015, p. 3) manifiestan que:

Si la industrialización, la contaminación ambiental, la producción de alimentos y el agotamiento de los recursos mantienen las tendencias actuales de crecimiento de la población mundial, este planeta alcanzará los límites de su crecimiento en el curso de los próximos cien años. El resultado más probable sería un súbito e incontrolable descenso, tanto de la población como de la capacidad industrial.

Entre las consecuencias de la afectación al medio ambiente se encuentra el cambio climático, quienes según los autores González, Jurado, González, Aguirre, Jiménez y Navar (2003), son producidos por los gases de efecto invernadero especialmente con el Dióxido de Carbono (CO₂), ya que, este es el principal elemento que sobre sale de la actividad humana, por el consumo de los recursos no renovables, como el petróleo y sus derivados, los cuales constituyen ser mortales para la vida en la tierra, una vez derramado el crudo por los buques que lo transportan, se afecta el medio ambiente como se ha observado en el caso de Exxon Valdez al derramarse más de 10.8 millones de galones de petróleo en el arrecife Bligh en Prince William Sound, Alaska para el año de 1989 (Olmedo, 2017). A pesar de lo

⁴ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, que tuvo lugar en junio de 1972, fue el evento que convirtió al medio ambiente en un tema de relevancia a nivel internacional (Dipublico, s.f.)

⁵ Estados industriales, en vía de desarrollo, Organizaciones Internacionales y el Club de Roma (grupo de académicos, científicos, políticos preocupados por el medio ambiente, fundado en 1968). (paralibros, s.f.) Para mayor información dirigirse a: <http://www.paralibros.com/passim/p20-soc/pg2068cr.htm>

antiguo del accidente se siguen estudiando las afectaciones del medio ambiente. Entonces se apoya la afirmación del científico sueco Mats Andersson, es necesario el estudio del cambio climático, la forma en la que la vean las personas no importa, siempre que se estructure un modelo que desde cada una de las ciencias se busque el descenso de la temperatura global.

En la segunda mitad del siglo XX, Colombia empezó a proteger a las industrias para que de esa manera se realizara el avance acelerado que se necesitaba, pues la economía del país no había evolucionado como las otras naciones americanas, lo que no se tuvo en cuenta fueron las consecuencias de los diversos métodos que utilizaban las industrias provocando una contaminación acelerada al medio ambiente como el vertimiento de aguas residuales y la generación de residuos altamente tóxicos (Sánchez, 2002) estas industrias especialmente fueron las de gasolineras, las mineras y las industrias extractoras de carbón.

Por lo anterior se busca una alternativa al desuso de los combustibles fósiles, porque actualmente el mundo entra en una nueva era, la era de la fracturación hidráulica de hidrocarburos o como también se conoce el *fracking*, de esta manera se ha planteado la siguiente pregunta de investigación ¿Es necesario implementar el sistema de alerta temprana del artículo 8 del acuerdo de París para restringir el uso de la fracturación hidráulica en Colombia?

1 LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA

El Estado colombiano a través de la Constitución Política de 1991 (en adelante la Constitución) generó una protección eficaz al medio ambiente, ya que anteriormente no se hacía una mención en la Constitución de 1886. El avance originado con la Constitución, causa en la población no sólo un interés en la protección de la biodiversidad colombiana, sino también enseña cómo ha de ser protegido (Ramírez, 2015) lo que ocurre inicialmente con la acción popular y posteriormente la acción de tutela⁶. Mediante la sentencia T 411 de 1992, la Corte Constitucional menciona que la Constitución es una “Constitución ecológica, verde o ambiental” así con esta mención de la protección al medio ambiente en los artículos 8°, 79 y 80, entre

⁶ En la mayoría de los países de América Latina se le conoce como acción de amparo.

otros, Colombia avanzó en la creación de un nuevo derecho, el derecho a un medio ambiente sano, la protección a la población por medio de la defensa al medio ambiente, confluye en la supervivencia de la raza humana, esto queriendo decir que se protege a las generaciones presentes y a las generaciones futuras. Entonces en el artículo 8º, manifiesta la protección al medio ambiente, el cual ha sido redactado de la siguiente manera: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.” Taxativamente señala el artículo que es un deber de todos aquellos que constituyen el Estado colombiano, tanto el gobierno como las personas, sean naturales o jurídicas, esta protección al medio ambiente no constituye una idea de política pública, ni una propuesta a campaña presidencial, este artículo debe ser el eje central de todas las actuaciones que realicen las personas al interior del Estado colombiano. A su vez el artículo 79 de la Carta, hace mención al derecho a un ambiente sano y que su regulación deber ser realizada por la ley, las acciones que realicen los servidores públicos se encuentran regidas por lo que la ley les diga, así como a los civiles les es permitido hacer todo lo que no está prohibido, se encuentra esa frontera en que las acciones de estos sujetos pueden llegar a vulnerar la estabilidad del medio ambiente. Consagrándose derecho a un ambiente sano, en el Protocolo de San Salvador, los Estados partes se comprometieron a brindar a sus ciudadanos una protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente, para que surja un equilibrio en la vida de quienes habitan América (Pinilla, Cubides y Cárdenas, 2016, p.120).

Al decretarse en la Constitución, que la protección al medio ambiente se debe realizar por medio de la ley; en el Estado⁷, existen más de 130 documentos entre los que se encuentran leyes, decretos y resoluciones que regulan las actividades, cuyo propósito es el de proteger al medio ambiente, también es fácil observar que no sólo por medio de la ley se debe cumplir la protección del medio ambiente, es necesario cultivar una moral para la protección del medio ambiente, no porque seamos los seres racionales al interior de la Tierra, sino porque también hacemos parte del medio ambiente (Díaz, 2017, p. 9) es así que se cumple con las obligaciones contraídas en los tratados

⁷ El Estado debe regular el uso de los recursos naturales y la calidad del ambiente, a fin de garantizar la sostenibilidad ambiental y la calidad de vida mediante las políticas públicas de temas ambientales, las cuales deben realizar la protección al medio ambiente, el mejoramiento de las condiciones ambientales (Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá, s.f).

internacionales, algunos de ellos son: la Convención de Viena y el protocolo de Montreal para la protección de la capa de ozono, el Protocolo de Kioto y el más reciente el Acuerdo de París, instrumentos que se estudiarán en la presente ponencia para que de esa manera se establezca cuáles han sido las obligaciones que ha contraído el Estado colombiano en las últimas décadas.

Convención de Viena y Protocolo de Montreal

Por medio de este protocolo se buscó que los Estados partes establecieran mecanismos para disminuir las sustancias agotadoras de la capa de Ozono⁸, al realizarle la revisión que cada Estado debe hacer para ratificar un tratado y así como por los dogmáticos en la materia, se ha establecido que si todos los Estados parte cumplen lo pactado (*pacta sunt servanda*) es posible que la capa de ozono pueda ser restaurada (Min. Ambiente, s.f.).

Entró en vigor para el Estado colombiano el 06 de marzo de 1994, esto suscitándose el estudio del Congreso de la República, la Corte Constitucional y el del Presidente de la República, el cual ha sido brindado por la Constitución en el artículo 93. Este estudio surge para la protección del orden público que recientemente se había creado y que de esa manera sea posible garantizar la supremacía de la Constitución sobre cualquier tratado internacional.

Para que este instrumento cuente con una eficacia respecto a los Estados que lo ratificaron, se constituyeron agencias especializadas en ejercer un control sobre las partes, para el cumplimiento de lo prometido. Las agencias que se crearon fueron:

- A) **PNUD** (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo): Organiza proyectos de inversión y demostrativos, asistencia técnica y estudios de factibilidad.
- B) **PNUMA** (Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente): Desarrolla proyectos de no inversión, enfocándose en fortalecimiento institucional, preparación de programas país, redes regionales, manuales de implementación del Protocolo.
- C) **Banco Mundial**: Se enfoca en grandes proyectos de eliminación tanto a nivel de plantas como de país.

⁸ La idea de proteger la capa de ozono, surge cuando un grupo de científicos al inicio de la década de los 70's, encuentran que los elementos: "bromo, cloro flúor, carbono e hidrógeno" que produce el hombre pueden llegar a afectar la capa y de esa manera ser perjudicial en la tierra por los rayos del sol (Sabogal, 1998).

D) **ONU**DI (Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial): Prepara y evalúa propuestas de proyecto y cronogramas de eliminación a nivel de plantas de producción. (Min. Ambiente. 2014.)

Colombia durante los años de 1992, 1993 y 1994 realizó el “Programa País”, un mecanismo que permitiría que la adopción del protocolo de Montreal se realizara efectivamente, ocasionando la creación de la Unidad Técnica de Ozono (UTO), una agencia especializada en el protocolo de Montreal, dirigida por el Ministerio de Ambiente pero financiada directamente por el Fondo Multilateral del Protocolo de Montreal (Stavro, 2007). Al encontrarse dirigida por el Ministerio de Ambiente la UTO, también requiere estar en procesos con los industriales, los comerciantes y los consumidores con el fin de proteger la legislación ambiental.

Protocolo de Kioto

Este protocolo fue creado para el compromiso entre los Estados para frenar los gases de efecto invernadero, así como también realizar el señalamiento a los 37 países más industrializados y que estos tienen como responsabilidad mermar la gran cantidad de los gases para proteger la capa de ozono (Min. Ambiente, s.f.). Aunque el Estado colombiano no es uno de los países que deben reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero de manera inmediata, sí ha apoyado la reducción de los mismos, estableciendo medios adecuados para el desarrollo sostenible afianzando de esa manera los lazos de cooperación internacional (Red de desarrollo Sostenible, 2005).

Colombia hace parte de los países con mayor biodiversidad en el mundo, es así como se busca que sea un ejemplo para todas las demás naciones, en donde se proteja el derecho al medio ambiente sano con el mismo rigor que se protegen los derechos de la población. Al contener dicha cantidad de biodiversidad, Colombia se adhirió a la Organización del Tratado de Cooperación Amazónica, por ser uno de los países⁹ que en cuyo territorio se encuentra parte de la selva del Amazonas. En el 2010 todos los ministerios de Relaciones Exteriores de los Estados parte, adoptaron la Agenda Estratégica de Cooperación Amazónica, actualizando de esa manera los deberes¹⁰

⁹ Entre estos países se encuentran: Colombia, Brasil, Perú, Bolivia, Venezuela, Ecuador, Guyana y Surinam

¹⁰ Prohibición a la tala indiscriminada de árboles y la caza ilegal.

que se tenían (Organización del Tratado de Cooperación Amazónica [OTCA], 2014). Esta Agenda es aceptada por el Estado colombiano ya que continúa con los cimientos de la protección al medio ambiente que se establecen en la Constitución Política de 1991. Proteger dicha selva constituye un soporte de grandes cantidades de oxígeno al planeta, tanto es así, que uno de los nombres que recibe la selva del Amazonas es “el pulmón del mundo” la protección de este ecosistema ha ocasionado que se proteja la flora, fauna, y las comunidades indígenas las cuales cohabitan en este territorio.

Como se presenta en el libro de Urbina, Cita y Campo (2016, p. 58) que citan a la Corte Constitucional en la sentencia T 204 de 2014, la protección del medio ambiente en Colombia constituye los principios de prevención y precaución los cuales buscan la protección eficaz del medio ambiente en donde las actividades del ser humano puedan ser anticipadas para lograr el equilibrio de la misma. Se establece por la Corte Constitucional que la prevención es la necesidad de estudiar los impactos ambientales como proyecciones necesarias sobre las repercusiones que se puedan realizar al medio ambiente por el desarrollo de la actividad económica, mientras que la precaución es la abstención de realizar ciertas conductas que puedan impactar al medio ambiente.

1.1 FALLAS EN LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE EN COLOMBIA

Con las industrias mineras específicamente de carbón y oro, se ve afectado el medio ambiente por la utilización indiscriminada de los recursos hídricos, pues en el caso del oro en Colombia, los grandes yacimientos se encuentran cerca de los ríos o en el peor de los casos dentro de ellos, lo cual no impide su extracción tanto legal o ilegal. En el caso del carbón se utilizan grandes cantidades de agua para romper la roca y extraer de esa manera el elemento (Güisa, 2014). Mediante la minería ilegal se observa que el oro (Pérez et al, 2018) es el elemento que más riqueza genera, pero al no usar los medios adecuados para una correcta utilización de los equipos, se producen vejámenes contra el medio ambiente, como es el agua contaminada. Es así como la falta de protección en muchos lugares en Colombia y el olvido de los Gobiernos de turno de esos territorios, permiten que las personas que explotan ilegalmente los recursos continúen impunes al afectar al medio ambiente.

Las industrias, aunque hayan obtenido los permisos que otorga la Agencia Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y el Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, no siempre van acorde a la protección del medio ambiente. Empresas como Ecopetrol, que han tenido trascendencia en la historia económica de Colombia, frecuentemente necesita de las licencias ambientales para realizar la extracción de petróleo, pero en varias ocasiones esto ha creado un problema ambiental. Recientemente en Barrancabermeja aconteció un derrame de petróleo que ocasionó no sólo la afectación a la quebrada La Lizama, caño Muerto y el río Sogamoso (Paz, 2018), sino también, la ganadería, agricultura y pescadería de la región, ya que, ningún ser vivo puede subsistir al verse afectado su medio ambiente con el petróleo.

En el caso de la deforestación o tala indiscriminada de árboles, se observa como esta vulnera los ecosistemas terrestres y acuáticos, afectando inmediatamente la biodiversidad, según el Instituto Alexander Von Humboldt (1998) la tala indiscriminada de árboles es directamente proporcional a la extinción o disminución de la fauna. La deforestación surge cuando se permite romper la frontera agrícola, así como la ganadería extensiva, los cultivos ilegales y los incendios forestales, a excepción del último, todos involucran la actividad humana (Matilde, 2018). La ganadería extensiva así como la ruptura de la frontera agrícola son algunas de las consecuencias que se ocasionan con la época de pos-acuerdo que vive Colombia. Previo a la firma del acuerdo, las personas no entraban a estos territorios por el miedo a las guerrillas. De esta manera el advenimiento de la paz en Colombia debe obligar a sus gobernantes a limitar los territorios que se pueden poblar para que de esa manera exista un equilibrio entre la naturaleza y la modernidad.

El buscar una opción diferente a la extracción de recursos a la ganadería extensiva constituye lo que se denomina como la economía ambiental, quien para Aguilera (1994, p. 42) citado de Vallejo (2016, p. 26) manifiesta que:

La economía ambiental es el estudio de la conservación de los recursos naturales. Aplica instrumentos analíticos a las decisiones económicas que repercuten en el medio ambiente, considerando este como un proveedor de recursos ecológicos, naturales, de servicios recreativos, etc. Surge para plantear vías favorables que deriven a la optimización de la explotación de los recursos naturales que son escasos pero con diversos usos por los cuales hay que optar.

De acuerdo a los estudios que realicen los Estados se encontrará una óptima protección al medio ambiente y que de esa manera no se malgasten los elementos que constituyen sostenimiento a la vida humana.

2 LA EVOLUCIÓN DE LA EXTRACCIÓN DE HIDROCARBUROS

La extracción de hidrocarburos por medio de la fractura hidráulica se concibió para que en los territorios en donde son escasos los elementos, se pueda hacer un quebranto a las rocas y así se elimine la dependencia de los países exportadores de petróleo (Moreu, 2012). Esta técnica ha sido acogida en Estados Unidos, ya que con las crisis de combustibles y la economía actual no es favorable depender de un Estado para que se comercialice el petróleo y superar la crisis energética, si en el mismo Estado es posible extraer el hidrocarburo, pero con mejores tecnologías.

Entre los deberes de los Estados, se encuentran la garantía a los derechos que le reconoce a su población, mediante el derecho a una vida digna, inicialmente en Estados Unidos de América, en la década de los 40's se observó que la demanda energética había aumentado, y que los recursos no renovables efectivamente se estaban agotando más rápido, es así como durante esta época se empezó con la construcción de la fractura hidráulica para la extracción de hidrocarburos, aunque no había sido tan llamativa en aquella época como ahora (Charry, S y Pérez A, 2017).

En Estados Unidos de América entre las legislaciones que se observan respecto a la fracturación hidráulica se encuentra la enmienda de año 2005, en donde la *Energy Policy Act*, regula la producción de energía para la población estadounidense. Con la mencionada Enmienda, según el jurista Castillo Argañarás (2017) citando a Gómez Jiménez *et al*, 2014: 7 y a Ochandio, 2014: 103, manifiesta que se generaron exenciones a las industrias de petróleo y gas las cuales generaron mejores garantías frente a otras empresas, pero, no se mejoró las obligaciones de las industrias para los controles del agua y el aire limpio, así como el transporte de los químicos tóxicos.

Para observar qué es la fracturación hidráulica para la extracción de hidrocarburos hace falta explicar qué es un hidrocarburo y como se realiza la fraturación, es así como se cita a la autora Moreu (2012a) quien los define:

Los hidrocarburos (petróleo y gas) que, por estar atrapados en rocas madre poco permeables o por tratarse de fluidos de muy alta viscosidad, no se pueden extraer sin el empleo de una tecnología especial, distinta de las técnicas clásicas utilizadas durante el auge de los hidrocarburos en el siglo XX (p. 4).

Así también la citada autora explica cómo es posible la fracturación hidráulica para la obtención de los recursos naturales no renovables:

Consiste en inyectar a muy alta presión millones de litros de agua mezclados con productos químicos y arena en los yacimientos del subsuelo, a unas profundidades en torno a los dos kilómetros, para conseguir que la roca se rompa y libere el recurso a través de una serie de pozos (cientos de ellos) excavados en la superficie (Moreu, 2012, p. 4).

Entre los beneficios que se encuentran de los hidrocarburos es que la quema del gas natural, es “amigable” con el medio ambiente, al ser más limpio, es así que la extracción de hidrocarburos sugiere la protección al medio ambiente por medio del gas natural, el cual puede limitar el uso del carbón, protegiendo el medio ambiente lo cual constituye en el respeto a los tratados internacionales (National Geographic, 2013).

Entre las ventajas que encuentran los Estados que practican la extracción de hidrocarburos por medio de la fractura hidráulica es la posibilidad en el ahorro de dineros, al no comprar a terceros suministros como gas o petróleo porque en ellos existen estos elementos pero de más difícil acceso, crea la oportunidad que el Estado planifique realizar esta actividad, proporcionando a su población de empleos con los dineros que se recaudan y así disminuir las tasas de los servicios (Guijarro, Setas, Furundarena, Seiz, Valero y Polis, s.f.).

La fracturación hidráulica llegó a Colombia en el año 2012 con la resolución 180742, la cual empezó a regir tanto a la exploración de los yacimientos de hidrocarburos no convencionales como la fracturación hidráulica, en donde se permitía a las grandes empresas dichas actividades siempre que se protegieran adecuadamente el medio ambiente (Colombia Plural, 2016). Con la llegada de la fracturación hidráulica, se han tenido que emitir siete

instrumentos por parte del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible que reglamentan el uso de esta actividad en Colombia, todo con el fin de procurar la protección del medio ambiente en la Nación.

3 RIESGOS DE LA FRACTURACIÓN HIDRÁULICA Y EL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA DEL ACUERDO DE PARÍS

Los países que han implementado el sistema de la fracturación hidráulica en sus territorios como Estados Unidos de América y Canadá, han estudiado los posibles riesgos que se producen al usar esta técnica de obtención de hidrocarburos. Entre los riesgos ambientales que se presentan son:

- Necesidad de grandes cantidades de agua
- Contaminación del agua
- Contaminación Atmosférica
- Gases de efecto invernadero (Borbón, 2015).

Estos riesgos constituyen una clara afectación al medio ambiente, con la utilización de grandes cantidades de agua se genera un desperdicio considerable al recurso vital para los terrestres, la contaminación realizada al agua por medio de los diferentes elementos que se le inyectan para la absorción de hidrocarburos. El líquido que se le inyecta a las rocas madre (lutita¹¹) tiene el riesgo de alcanzar las aguas subterráneas y de esa manera se conseguiría un impacto irreversible al medio ambiente. En cuanto a la contaminación atmosférica representa un peligro para la humanidad, pues las grandes cantidades de los gases que se encuentran sepultados, al extraerse, consistirían en un riesgo a la atmosfera, siendo que la mayoría de estos elementos consisten en nitrógeno, la atmosfera así como es la capa de ozono, sufriría un grave impacto a tal punto de deteriorarse más rápido y de esa manera se elevaría la temperatura de la tierra; vulnerando los principios de la Conferencia de Estocolmo, el protocolo de Montreal, la convención de Río de 1992 y el acuerdo de París, entre otros.

¹¹ Roca sedimentaria rica en materia orgánica.

Aunque la fracturación hidráulica surgió como una tecnología para el desarrollo económico de diferentes Naciones (Guerrero, 2016), es importante recalcar que el derecho a un ambiente sano, es la columna vertebral de los distintos tratados de derecho internacional sobre medio ambiente, un derecho de interés colectivo, debe en principio encontrarse por encima de las ambiciones de unos cuantos sujetos.

El Estado colombiano al contener grandes yacimientos de gas natural así como de petróleo, oro, y carbón, ha permitido la explotación de los recursos naturales no renovables, una práctica necesaria para la economía del país (Goda y Torres, 2015), que favorece a la población con el empleos y al Estado con pactos internacionales, pero, el riesgo ocurre respecto a los distintos tratados internacionales que se han ratificado en el país para la protección del medio ambiente. Al contener más de ciento treinta normas que regulan las actividades en pro del medio ambiente, el Estado colombiano, se obliga a no pasar por desapercibidas las afectaciones a este, incluyendo que el uso de la garantías constitucionales como la acción de tutela y las acciones populares por parte de la población sienten el segundo afectado, después del medio ambiente como sujeto de derechos¹², estas acciones en su normal funcionamiento no se limitan a las actuaciones que se hayan realizado, sino por el contrario permiten la prevención del daño que se vaya a causar, esta característica hace parte en primer lugar de las acciones populares, el cual según la Constitución, es el mecanismo idóneo para la protección del medio ambiente a través de la prevención.

Esta prevención del daño debe realizarse respecto a los sistemas de agua subterráneos que se pueden ver afectados por la fractura hidráulica, aunque uno de los requisitos de protección a estos sistemas, es que se selle con cemento aquellos conductos y así la maquinaria podría atravesar la roca (Moreu, 2012, p. 8) pero, esto no es suficiente, ya que como se ha observado, el agua que pase logra penetrar la roca más dura, así como ocurrió en la hidroeléctrica de Ituango (Antioquía) la cual cedió al flujo de agua obteniendo así una avalancha que dejó en peligro a los trabajadores del lugar. También existe el riesgo respecto a la afectación de los agricultores, apicultores, ganaderos y los mismos animales que se encuentran

¹² Para mayor información sobre el medio ambiente como sujeto de derechos consultar: Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016.

alrededor de los sistemas hídricos, pues en la sentencia T 626 de 2016 se explica que:

Otra clase de impactos indirectos sobre el bienestar humano, como la disminución de productos del bosque que afecta el balance alimentario y medicinal, y puede producir cambios en las prácticas tradicionales, usos y costumbres de las comunidades étnicas asociados a la biodiversidad.

La prevención para la protección al medio ambiente no se encuentra sólo en la acción popular sino también en el artículo 1° numeral 6to de la Ley 99 de 1993, el cual manifiesta:

La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.

Esta ley tiene por objeto crear el Ministerio del Medio Ambiente, reordenar el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, así como la organización del Sistema Nacional Ambiental, pero como se observa la protección al medio ambiente no es solo una obligación del Estado, es necesario que la población constituya una veeduría respecto a las actuaciones que realicen tanto los particulares como los entes estatales. La prevención de las afectaciones que se puedan llegar a realizar contra el medio ambiente es necesaria para limitar dicho daño o no incurrir en la generación del mismo. La naturaleza es incapaz de re-establecerse en un término de 2 o 3 días, es así como la población y el Estado se encuentran obligados a realizar las respectivas reparaciones al ambiente que se necesiten para regresar las cosas a su estado anterior.

3.1 ACUERDO DE PARÍS Y EL SISTEMA DE ALERTA TEMPRANA

El presente acuerdo consiste en ser un tratado a nivel mundial por la cantidad de más de 193 países que lo ratificaron. Para la aplicación de este acuerdo en Colombia, es necesario que se mejoren las tecnologías y la infraestructura entre otros aspectos, pues el acuerdo no sólo implica la protección del medio ambiente, sino también busca establecer los compromisos que se deben tener frente a la población de los Estados (Min. Ambiente, s.f.), ya que, una de las circunstancias que tienen las industrias, es que estas son del siglo XX en donde los combustibles fósiles son de un mejor acceso o realizan mejor las funciones, es necesario avanzar en la tecnología del desarrollo sostenible, en donde la energía eólica, y solar sean un nuevo sustento para el mundo.

Mediante la constitución del desarrollo sostenible, se busca que el sistema de alerta temprana mencionado por el artículo 8 del acuerdo de París, que los Estados cooperen para la mitigar los daños ocasionados al medio ambiente así como la cooperación para la reparación del mismo (asiap, s.f.). Este artículo recalca en su inciso primero, que las partes que se adhirieron al presente acuerdo, “reconocen la importancia de evitar” (Acuerdo de París, 2015, art. 8) lo más importante en la actuación del ser humano no es cómo va a solucionar el problema, sino la anticipación a las consecuencias de su actuar, mediante el sistema de alerta temprana se busca la anticipación de las consecuencias en el obrar humano y de esa manera contrarrestar la afectación que se ha realizado de una forma eficaz, ágil y celeré.

CONCLUSIONES

Es necesaria la protección del medio ambiente en Colombia al ser uno de los países con mayor biodiversidad en el mundo, ya que con la afectación que se realice se vería afectado el equilibrio en el planeta entre la modernidad y la naturaleza, ocasionando repercusiones a las generaciones futuras, las cuales tendrán que subsistir en el planeta que hemos dejado. La humanidad aún no ha conseguido encontrar otro planeta que logre albergar a la vida terrestre, es así que, por la protección de la humanidad así como de la flora y fauna terrestre, cada sociedad tiene el deber de educar para la protección del medio ambiente construyendo mecanismos adecuados para la reparación de este. Así también se observa que la legislación colombiana sobre el medio ambiente debe cambiar,

porque la manifestación que se hace a la protección de este no es suficiente y por el contrario la legislación existente ocasiona incertidumbre en cuanto a la protección. Es así que se propone que la legislación ambiental colombiana sea más drástica para proteger al medio ambiente.

A partir del texto anterior se infiere que la fracturación hidráulica comete afectaciones graves al medio ambiente, entre ellas la contaminación al agua que se encuentra en el subsuelo porque Colombia es un país con grandes cantidades de fuentes hídricas, en donde sí se cava a profundidad sin duda se encontrará con un río subterráneo, el cual otorga grandes cantidades del líquido vital a los diferentes ecosistemas existentes en Colombia, y al encontrarse en conexión todo el ambiente, cualquier afectación repercute en otro lugar con menor o mayor intensidad.

Las grandes cantidades de agua que se deben utilizar para el quebrantamiento de las rocas y la obtención de los hidrocarburos es desperdiciada, se establece este concepto porque en regiones como la Guajira, el líquido vital, escasea, y por el contrario en otros sectores de Colombia se utiliza para la excavación y la obtención de recursos no renovables, cuando es mejor utilizar en regiones como la Guajira, puntos de energía eólica o solar. La administración de los recursos de energía renovable es una de las metas que se deben plantear en las sociedades, en las capitales, departamentos de Colombia para que así sea esta Nación, un ejemplo ante las diferentes Naciones en el mundo y utilizar aquellos elementos de los cuales están dotados para que se realice una discontinuación de los recursos naturales no renovables que afectan al medio ambiente y por ende a la salud humana.

Es necesario seguir el ejemplo de los Estados de Francia, Bulgaria, el Estado de Nueva York en Estados Unidos de América, ya que, para una Nación como Colombia que no ha realizado estudios suficientes sobre el tema, no debe ser favorable permitir dicha extracción hidráulica de hidrocarburos, y así se debe decretar la inexequibilidad de las normas que lo permiten, pues ante la duda y la falta de criterio científico además de los graves riesgos que se pueden presentar al medio ambiente este debe ser prohibido y por el contrario continuar con los estudios y avances en el uso de los recursos renovables.

A través de lo anterior se concluye que el principio de prevención es el que debe prevalecer para la protección del medio

ambiente en donde no debe ser posible la aceptación de la extracción hidráulica de hidrocarburos porque no por el interés de unos pocos se debe perjudicar a las generaciones futuras, esta reflexión no sólo debe ser tomada para la protección de la humanidad, también debe ser necesaria para que la humanidad proteja la flora y fauna terrestres.

REFERENCIAS

Doctrina

Asiap, (s.f.) Acuerdo de París: París 2015 cambio de modelo o cambio climático. Recuperado de: <http://www.asiap.org/AsiAP/index.php/raee/6933-acuerdo-de-paris>. (Consultado el 28 de junio de 2018).

Borbón, Carolina. (2015). Identificación de los posibles impactos ambientales por el fracturamiento hidráulico (fracking) de yacimientos no convencionales. (Tesis de especialización, Universidad Militar de Nueva Granada). Recuperado de https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/7484/1/IDENTIFICACI%C3%93N%20DE%20LOS%20POSIBLES%20IMPACTOS%20AMBIENTALES%20POR%20EL%20FRACTURACI%C3%93N%20HIDR%C3%93LICO%20%28FRACKING%29%20DE%20YACIMIENTOS%20NO%20CONVENCIONALES_REV%20%281%29.pdf.

Carbonell, Moreou Elisa. (2012). Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking). *Revista Catalana de Dret Ambiental* 3 (2).

Castillo Argañarás, Luis. (2017) Fracking y ambiente. Aspectos jurídicos en Estados Unidos de América, Canadá y China. En: *Ámbito Jurídico*. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20008&revista_caderno=5.

Charry, Sharel y Pérez, Anibal. (2017) "Efectos de la estimulación hidráulica (fracking) en el recurso hídrico: Implicaciones en el contexto colombiano," *Ciencia e Ingeniería Neogranadina*, 28 (1).

Colombia Plural, (28 de noviembre de 2016) Normativa en Colombia sobre yacimientos no convencionales. *Colombia Plural*. Recuperado de: <https://colombiaplural.com/normativa-colombia-yacimientos-no-convencionales/>. (Consultado el 05 de julio de 2018).

Díaz, Víctor. (2017) Presentación: Foro por la vida, convivencia, la persona y su entorno. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Goda, Thomas, y Torres, Alejandro. (2015). Flujos de capital, recursos naturales y enfermedad holandesa: el caso colombiano. *Ensayos sobre Política Económica*, 33(78), 197-206.

González, Martha; Jurado, Enrique; González, Socorro; Aguirre, Óscar; Jiménez, Javier; y Navar, José. (2003). "Cambio climático mundial: origen y consecuencias". *Ciencia UANL* 6 (3).

Guerrero Sánchez, Nidia. (2016). El derecho fundamental a un medio ambiente sano en el marco de la explotación de recursos naturales no renovables: un estudio del fracking en Colombia. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia

Guijarro, Irene, Setas, Diego, Furundarena, Guillermo, Seiz, Carlos, Valero, Sara y Polis, Luis. (s.f.). El maravillo mundo del fracking. Universidad de Alcalá, Dpto. de Ciencias de la Vida. Unidad de Ecología. Recuperado de http://www3.uah.es/tiscar/EIA_Amb/Favor%20%20fracking.pdf. (Consultado el 02 de julio de 2018).

Güiza Suárez, Leonardo. (2014). "Perspectiva jurídica de los impactos ambientales sobre los recursos hídricos provocados por la minería en Colombia". *Opinión Jurídica*, 10(20). Recuperado de <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/738/680>. (Consultado el 03 de julio de 2018).

Instituto Alexander Von Humboldt (1998). Informe Nacional sobre el Estado de la Biodiversidad 1977. Instituto Humboldt, PNUMA. Ministerio del Ambiente. Bogotá.

Matilde Escobar, Elsa. (2018). La grave deforestación en Colombia, nos afecta a todos y es el gran reto. *Fundación Natura*: Recuperado de: <http://www.natura.org.co/portfolio-item/la-grave-deforestacion-colombia-nos-afecta-todos-gran-reto/>. (Consultado el 02 de julio de 2018).

Medio ambiente. (23 de febrero de 2018). La Amazonia sigue siendo la región más deforestada de Colombia. *El Tiempo*. Recuperado de: <http://www.eltiempo.com/vida/medio-ambiente/la-amazonia-sigue-siendo-la-region-mas-deforestada-de-colombia-186322>. (Consultado el 30 de junio de 2018).

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (s.f.). Convención de Viena y Protocolo de Montreal. Recuperado de <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/1705-plantilla-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-69>. (Consultado el 29 de junio de 2018).

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (s.f.). Protocolo de Kioto (pK). Recuperado de: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article/458-plantilla-cambio-climatico-14>. (Consultado el 30 de junio de 2018).

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (s.f.). En el día de la tierra Colombia firma acuerdo de París sobre cambio climático. Recuperado de: <http://www.minambiente.gov.co/index.php/noticias-asuntos-cambio-climatico/2276-en-el-dia-de-la-tierra-colombia-firma-acuerdo-de-paris-sobre-cambio-climatico>. (Consultado el 30 de junio de 2018).

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (2014). El protocolo de Montreal. Recuperado de <http://www.minambiente.gov.co/index.php/component/content/article?id=192:planta-asuntos-ambientales-y-sectorial-y-urbana-sin-galeria-8>. (Consultado el 30 de junio de 2018).

National Geographic. (7 de mayo de 2013). Los pros y contras del fracking. Recuperado de: http://www.nationalgeographic.com.es/ciencia/grandes-reportajes/los-pros-y-los-contras-del-fracking-2_7125/1. (Consultado el 02 de julio de 2018).

Olmedo, Fernando. (10 de mayo de 2017). Los 10 derrames de petróleo más grandes de la historia. Recuperado de: <http://www.biodisol.com/contaminacion-ambiental/los-10-derrames-de-petroleo-mas-grandes-de-la-historia-contaminacion-ambiental-medio-ambiente/>. (Consultado el 30 de junio de 2018).

Orellana Yáñez, José. (2015). Estenssoro, F. Historia del debate ambiental en la política Mundial 1945-1992. La perspectiva Latinoamericana. Si Somos americanos, 15(1), 253-257

Organización del Tratado de Cooperación Amazónica. (2014). El cambio climático en la Región Amazónica. Recuperado de: <http://otca.info/portal/publicacoes.php?p=doc>. (Consultado el 02 de julio de 2018).

Paz, Antonio. (4 de abril de 2018). Derrame de petróleo en Colombia: continúa la emergencia ambiental y no se saben sus causas. Recuperado de <https://es.mongabay.com/2018/04/no-se-saben-causas-derrame-petroleo-colombia/>. (Consultado el 01 de julio).

Pérez, Manuel, Barreto, Paula. & Cubides, Jaime. (2018). La acción de tutela como respuesta al deterioro al medio ambiente por el conflicto armado interno colombiano. En Vallejo, M & Cubides, J., *El conflicto armado interno en Colombia: Análisis jurídico de protección a las víctimas y del medio ambiente* (pp. 87- 108). Bogotá: Escuela Superior de Guerra.

Pinilla Julián, Cubides Jaime, y Cárdenas Luz. (2016). La judicialización del derecho al agua: una visión de los estándares nacionales e internacionales y el control de convencionalidad. En *El control de convencionalidad: fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (pp. 117- 146). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Red de Desarrollo Sostenible [RDS] (07 de julio de 2005). Colombia le cumple al protocolo de Kioto. Recuperado de: <https://www.rds.org.co/es/colombia-le-cumple-al-protocolo-de-kyoto>. (consultado el 01 de julio de 2018).

Ramírez, Ricardo. (16 de agosto de 2015). Colombia y la protección del medio ambiente. Recuperado de. <https://www.oei.es/historico/divulgacioncientifica/?colombia-y-la-proteccion-del-medio>. (Consultado el 01 de julio de 2018).

Sabogal, Nelson. (1998). El protocolo de Montreal, un modelo de concertación para la protección de la capa de ozono. *Revista relaciones internacionales* 14.

Instituto de Relaciones Internacionales (IRI), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP)

Sánchez Pérez, Germán. (2002). Desarrollo y medio ambiente: una mirada a Colombia. *Economía y desarrollo*, 1 (1). Fundación Universidad Autónoma de Colombia.

Secretaría Distrital de Ambiente de Bogotá. (s.f). Políticas Públicas. Recuperado de: <http://www.ambientebogota.gov.co/web/sda/politicas-ambientales>.

Stavro, Xiomara. (2007). Implementación del Protocolo de Montreal en Colombia. *Revista Producción + Limpia* 2 (1), 100. Corporación Universitaria Lasallista.

Urbina Sánchez Elisa, Cita Triana Ricardo Antonio y Campo Robledo Jacobo Alberto. (2016). Explotación del carbón y desplazamiento: tensiones entre derechos y procesos económicos. Universidad Católica de Colombia.

Vallejo, Germán. (2016). La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado. En *Derecho público en el siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*. (pp. 13- 35). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Legislación

Diario Oficial, Ley 1844. 2017. “Por la cual se aprueba el Acuerdo de París”. Art. 8.

Diario Oficial. Constitución Política. 1991. Colombia. Art. 8.

Diario Oficial. Constitución Política. 1991. Colombia. Art. 79.

Diario Oficial. Constitución Política. 1991. Colombia. Art. 93.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia, sentencia de tutela, 411, (17 de junio de 1992), [M.P. Alejandro Martínez].

Corte Constitucional de Colombia, sentencia de tutela, T-204 de 2014, (1 de abril de 2014), [M.P. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional de Colombia, sentencia de tutela, 622, (10 de noviembre de 2016) [M.P. Jorge Palacio].

A SUSTENTABILIDADE E ÁGUAS NA UNASUL:

O QUE A JUSTIÇA ECOLÓGICA TEM A NOS DIZER?

Mayara Pellenz¹

Samara Walzburger²

INTRODUÇÃO

O tema da Justiça está situado no contexto da Filosofia Política, social e no âmbito do Direito. Trata-se de uma categoria com definições oriundas da Antiguidade e que acompanharam o processo civilizatório até os dias de hoje. Não raro, questiona-se o sentido e o significado da Justiça, bem como seu alcance a partir da ciência jurídica e do agir humano ético e moral.

Atualmente enfrenta-se um momento crise, o que demanda uma reflexão a respeito da forma como a Humanidade vem se relacionando com o mundo natural. Não se pode negar o quanto a problemática ambiental afeta a vida dos indivíduos, especialmente nos lugares do Planeta onde os elementos naturais já estão escassos.

Sem a pretensão de solucionar os problemas vivenciados pela sociedade no tocante a crise ambiental, as presentes linhas

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional - IMED. Docente Titular do Curso de Direito da Faculdade UNISOCIESC em Blumenau (SC). Professora Coordenadora do Grupo de Pesquisa Direito Empresarial e Sustentabilidade na UNICOSCISC. Docente da Pós-Graduação em Direito da Faculdade Avantis, Balneário Camboriú (SC). Autora de obras jurídicas e artigos científicos em periódicos de Direito, em âmbito nacional e internacional. Email: maypellenz@hotmail.com.

² Acadêmica de Direito na Faculdade UNISOCIESC em Blumenau, SC. Bolsista institucional do Grupo de Pesquisa: Direito Empresarial e Sustentabilidade. Estagiária na Delegacia Regional de Blumenau. Email: samara_walzburger@live.com.

objetivam lançar novos questionamentos e reflexões sobre o tema e sugerir alternativas viáveis à concretização da Justiça Ecológica a partir do que dispõe do princípio da Sustentabilidade, numa perspectiva intergeracional.

A problemática da Justiça, no viés ambiental, inicia na dificuldade de se determinar sua compreensão enquanto critério de igualdade. Seu acesso e sua aplicabilidade tornam-se, também, nebulosos, quando se desconhece os valores que orientam o pensar e agir humanos nos dias de hoje. O indivíduo, em verdade, não encontrou os espaços necessários para avaliar os impactos promovidos pelo progresso. O resultado de um desenvolvimento desenfreado, durante muitos séculos, culminou na crise ambiental que despontou nos países mais ricos nos anos 1970. Foi nesse momento histórico que surgiram Relatórios, Documentos e Declarações Universais de proteção a Natureza, a partir da necessidade da preservação do mundo natural como pressuposto para a manutenção da vida humana nesse Planeta.

Por certo, reflexões a respeito de Justiça Ambiental perpassam pela análise da compreensão sobre Pessoa Humana e suas múltiplas inter-retroações. Qualquer esforço teórico que desconsidere o agir humano não se torna possível sem um olhar interdisciplinar. Quando não há Justiça Ecológica, ainda que minimamente, não é possível a efetivação da categoria Dignidade: ambas não devem ser objetos passíveis de ser negociados. Por esta razão, a Justiça destina-se também aos elementos do mundo natural, pois não é somente o Homem, como agente social transformador, o destinatário da categoria, sob a ótica ambiental. Tudo aquilo que integra o Planeta, desde os macros aos microssistemas, devem experimentar a Justiça Ecológica, como condição de existência e de manutenção de ciclos vitais e naturais, sem interferências negativas de fenômenos humanos como o desenvolvimento, o progresso, o avanço tecnológico, dentre outros.

No que diz respeito a Água, é preciso destacar a importância de se refletir acerca do tema, diante da impossibilidade de vida humana e não humana sem o referido elemento. Diante de sua imprescindibilidade, a Água enseja Cuidado³ e Responsabilidade, em

³ A categoria Cuidado, “do ponto de vista antropológico, advém dos termos *cura* ou de *cogitare*, o que implica em mostrar interesse, ter atenção através de uma atitude de desvelo, de preocupação e bom trato [...]”. NOVAES, Maria Helena. Paradoxos contemporâneos: o Cuidado numa convivência saudável. In: PEREIRA, Tânia da

dimensão global. A escassez de Água, em algumas regiões do Planeta, provoca doenças, óbitos e disputas territoriais, além de impulsionar o deslocamento de populações, por não possuírem condições de vida e de saúde sem o elemento vital. No que tange a Água potável, com qualidade suficiente para ser suprimida, a situação é ainda pior, já que o número de pessoas sem acesso ao elemento é alarmante. O panorama é piorado quando se analisa relatórios específicos sobre a Água no mundo, e a constatação de que num futuro próximo, os conflitos serão intensos em virtude da escassez da Água mesmo nos locais onde ela é, aparentemente, abundante.

Diante desse cenário, busca-se nesse artigo analisar a Justiça Ecológica, a Governança e a Sustentabilidade da Água, considerando que o tema é de interesse global. Problemas de dimensão planetária devem ser discutidos e analisados sob um viés transfronteiriço, visto que toda a comunidade internacional, em união, pode somar esforços no sentido da superação da crise. Nesse sentido, o elemento Água, como questão de Justiça e de acessibilidade a todos, necessita ser a pauta cotidiana, frente a complexidade destas categorias no cenário jurídico global.

Partindo do pressuposto da Justiça, como valor universal, indaga-se: é possível se falar em uma Justiça Ecológica? Como compatibilizar a ideia de Justiça com a problemática da Água? Quais são os principais desafios da Sustentabilidade em relação ao elemento vital?

A hipótese para a primeira indagação surge, inicialmente, como negativa, á medida em que a Justiça Ecológica não está sendo vivenciada em condições de igualdade por todos os seres. Na perspectiva antropocêntrica, o principal destinatário da Justiça Ambiental ainda é o Homem, na sua condição de ser humano. Qualquer outro elemento que habite esse Planeta é considerado como destinatário secundário, sob o ângulo da economia, da liberdade, da Justiça, dentre outros. Diante da imprescindibilidade da Água para a manutenção de vidas humanas e não humanas nesse Planeta, é necessário aproximar a Justiça da categoria Água, por meio da Sustentabilidade, como projeto global a ser construído e executado a partir do momento presente.

O objetivo geral deste estudo é investigar se há, de fato, uma Justiça Ecológica a ser concretizada atualmente, considerando o contexto da crise. Busca-se compatibilizar a categoria Justiça com a problemática da Água e os desafios da Sustentabilidade na sociedade contemporânea.

Esse cenário possibilita, por exemplo, que os sistemas biológicos não sejam destruídos, que os ciclos naturais completem suas etapas sem interferência humana, que os rios sigam seus cursos, que os oceanos e florestas sejam respeitados, que a biosfera terrestre e marítima seja preservada, a partir do agir humano que não comprometa aquilo que é vivo. O método de pesquisa é o indutivo e as técnicas de pesquisa são a Bibliográfica⁴, a Categoria⁵ e o Conceito Operacional⁶.

1 JUSTIÇA ECOLÓGICA: RETROSPECTIVAS E PERSPECTIVA

Inicialmente, busca-se contextualizar e debater a ideia de Justiça a partir das relações entre indivíduo e Natureza. A Justiça, neste viés, é necessária para balizar as ações humanas na realização de um bem estar social e ambiental, direcionada a humanos e não humanos. Nesse sentido, o Homem é capaz de canalizar seus esforços para que a crise planetária, no que diz respeito à Natureza, seja superada, a partir da adoção de um modelo de desenvolvimento sustentável e de um agir ético a respeito dos elementos que integram esse mundo. Com Cuidado, busca-se o aprimoramento da ideia de Justiça Ecológica, tanto em relação à expansão das liberdades quanto à conquista do bem comum supremo, a Felicidade⁷.

⁴ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011, p. 207.

⁵ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011, p. 25.

⁶ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011, p. 37.

⁷ O conceito aristotélico de felicidade “[...] requer bens exteriores, pois é impossível, na melhor das hipóteses não é fácil, praticar belas ações sem os instrumentos próprios. Em muitas ações usamos amigos e riquezas e poder político com instrumentos, e há certas coisas cuja falta empana a felicidade – boa estirpe, bons filhos, beleza – pois o Homem de má aparência, ou mal nascido, ou só no mundo e

As condutas humanas nas decisões relevantes ao Meio Ambiente implicam na importância fundamental e na equidade do comportamento e Responsabilidade do indivíduo, no que diz respeito à participação do processo de decisão e distribuição da Justiça Ecológica. Essa categoria busca o equilíbrio acerca do uso desmedido e irresponsável dos elementos naturais que não são, meramente, objetos destinados à utilização humana, sem qualquer forma de zelo ou comprometimento.

1.1 A IDEIA DE JUSTIÇA

A categoria Justiça, necessariamente, dialoga com questões sociais, políticas, econômicas, ecológicas, dentre outras. Atualmente, não há como dissociar a Justiça de uma contextualização ao mundo da vida, tão complexo no século XXI.

Acerca de Justiça, buscou-se na obra de Aristóteles a definição, entendendo-a como virtude completa, pois a põe como um hábito, não sendo essa algo natural ao ser humano, nato⁸, mas um ramo do conhecimento que estuda o comportamento humano. Para o filósofo, está situada a tripartição das modalidades de ciências: as ciências teóricas, produtivas e as práticas. Essa última é a que se apresentará aos nossos estudos, pois a investigação da Ética denota o conhecimento do justo e do injusto, do bom e do mau, e é um argumento para que a ação humana se converta numa ação⁹ socialmente justa.

A Ética não se distancia dessas relações. A categoria fundamenta no caráter de seus cidadãos, que repercute diretamente

sem filhos, tem poucas possibilidades de ser feliz, e tê-las-á ainda menores se seus filhos e amigos forem irremediavelmente maus ou se, tendo tido bons filhos e amigos, estes tiverem morrido. Como dissemos, então, a felicidade parece requerer o complemento desta ventura, e é por isto que algumas pessoas identificam a felicidade com a boa sorte, embora outras a identifiquem com a excelência". ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. Ed. Brasília: UNB, c1985, 1999, p. 26.

⁸ Portanto, nem por natureza nem contrariamente à natureza a excelência moral é engendrada em nós, mas a natureza nos dá a capacidade de recebê-la, e esta capacidade se aperfeiçoa com o hábito. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. Ed. Brasília: UNB, c1985, 1999, p. 26.

⁹ A ação justa é um meio termo entre agir injustamente e ser tratado injustamente, pois no primeiro caso se tem demais e no outro se tem muito pouco. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. Ed. Brasília: UNB, c1985, 1999, par. 1134.

na conduta da sociedade. Desse modo, a Ética se orienta pela prática política como vetor para se alcançar o Bem Supremo, ou seja, a Felicidade. Aristóteles destaca que a conduta Ética se manifesta como exercício da Virtude¹⁰, qual seja, a capacidade do Homem de discernir entre o injusto e o justo, e fazer escolhas, optando conforme sua consciência por meio das diferentes ações.

Aristóteles, teorizando a respeito da Justiça e do Direito, realiza investigações para análise e o uso dessa expressão: a Justiça Legal, significando a observância da lei no que é legítimo e melhor para bem da comunidade. A ação que se conecta à legalidade estabelece uma norma a todos e para o bem de todos, correspondendo ao um justo legal e a forma de Justiça. Por outro lado, a Justiça Distributiva, como exercício habitual de uma virtude, é assegurar o Bem Comum para todos. Tem como fundamento a organização social pacífica, onde o equilíbrio será o justo, que tem por finalidade conceder a cada um aquilo que lhe é devido, conforme seu merecimento¹¹. Nessa linha de pensamento, para Aristóteles, o injusto é o que transgredir o proporcional, e o justo é a proporcionalidade. Assim, a Justiça leva o Homem a praticar as demais virtudes, não as usando em benefício próprio, mas principalmente para com o Outro¹².

¹⁰ Nesse sentido, “[...] a ética se enraíza na subjetividade. Qual fazer é o fazer ético? Qual escolha é uma representação da liberdade do sujeito? Nem a árvore nem o cachorro farão questões acerca da qualidade (boa ou má) de uma ação. Uma das pré condições para atingirmos a perspectiva da vida boa, prende-se ao fato das intenções do sujeito da ação. Depreende-se, em tese, de que ele deveria agir com base numa ética de Responsabilidade, o que nem sempre ocorre. A ética tem seu fundamento racional que se qualifica como razão ética. Esta é uma razão dos cidadãos, que desejem usufruir os resultados da justiça. Falar em razão ética na construção de um novo tempo exige pensar condições práticas dessa construção”. PIRES, Cecília. **Leituras filosóficas passadas a limpo: temas e argumentos**. Passo Fundo: Ifibe, 2016, p. 32.

¹¹ Além do mais, isto se torna evidente porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo “de acordo com o mérito de cada uma; de fato, todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. Ed. Brasília: UNB, c1985, 1999, par. 1131 a.

¹² Com efeito, a justiça é a forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente em relação a si mesma como também em relação ao próximo. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. Ed. Brasília: UNB, c1985, 1999, par. 1130 a.

A Justiça ocorre como a prática entre os homens em sociedade por meio de discurso prático e racional numa comunidade humana com vista a uma organização que beneficie a todos¹³. Nestes moldes, a Justiça, no aspecto político, é cultivar a virtude dos cidadãos e aprender a viver a vida boa e a melhor forma de governar, ou seja, aplicar a lei aos que tenham capacidade de deliberar em convívio na comunidade, numa ordem natural, pois a Felicidade não ocorre individualmente. A virtude, para Aristóteles, é a realização da Natureza do Homem que alcança a Justiça a partir das ações justas habituais, descritas pelas categorias como liberdade, coragem, equilíbrio, prudência, tolerância, equidade, entre outras.

Sobre esse cenário, que, de acordo com a teoria de Aristóteles, o critério de distribuição de bens deve favorecer condições a uma boa vida que possa tornar o Homem capaz de escolher com equidade ao saber o que pode e o que deseja escolher. Esta capacidade possibilita no Homem a ideia de bem comum, de exercer sua Natureza, não como uma simples Felicidade útil¹⁴, mas, sim, na construção da vida onde o desenvolvimento deve estar em observância para expandir as Liberdades usufruídas e permitir a completude. Contudo, é evidente que a Justiça não é direcionada a todos os seres. Neste Planeta, os indivíduos não são iguais, especialmente no acesso a direitos e serviços considerados indispensáveis. Assim, o exercício da Liberdade é a condição indispensável e segura para superação das desigualdades e para organização de uma sociedade justa.

¹³ Pela mesma razão considera-se que a justiça, e somente ela entre todas as formas de excelência moral, é o “bem dos outros”; de fato, ela se relaciona com o próximo, pois faz o que é vantajoso para os outros, quer se trate de um governante, quer se trate de um companheiro da comunidade. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. Ed. Brasília: UNB, c1985, 1999, par. 1130 a.

¹⁴ A utilidade da riqueza nas coisas que ela nos permite fazer – as liberdades substantivas que ela nos ajuda obter. Mas essa relação não é exclusiva (porque existem outras influências significativas em nossa vida, além da riqueza) nem uniforme (pois o impacto da riqueza em nossa vida varia conforme outras influências). É então importante reconhecer o papel crucial da riqueza na determinação de nossas condições e qualidade de vida quando entender a natureza restrita e dependente dessa relação. Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Não se desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motto. São Paulo: Companhia da Letras, 2013, p. 28.

No intuito de estruturar as relações sociais sob o crivo da Justiça, os cidadãos devem interagir de forma responsável com o mundo natural e garantir condições de vida para sobrevivência no momento presente, sem prejudicar as futuras gerações. Essa é uma das perspectivas da Justiça Ecológica. Já se comprovou que o atual modelo de desenvolvimento priorizou o crescimento econômico baseado na produção e no consumo de bens, desvelando uma realidade cruel de condições de vida¹⁵, pautadas na existência de tomadas de decisões, as quais nem todas as pessoas têm a oportunidade de participar, enfrentar e avaliar de maneira igualitária.

Esse desenvolvimento ocasionou um desequilíbrio do Ecossistema¹⁶, pois aprofundou as desigualdades e desencadeou uma crise que sinaliza para a perda de valores essenciais na relação entre Homem e Natureza. Por esse motivo, é tão importante destacar a Justiça Ecológica como categoria a ser vivenciada cotidianamente.

A Justiça, nestes moldes, sinaliza para o afastamento dos comportamentos de interesses exclusivamente particulares¹⁷, pois a Justiça adquire um valor moral que integra a ciência jurídica. Sob essa ótica, Boff destaca que Humanidade é uma expressão da Terra,

¹⁵ Essa forma de organizar a sociedade ao redor dos interesses econômicos do mercado cindiu a humanidade de cima abaixo: um fosso enorme se criou entre os poucos ricos e os muitos pobres. Gestou-se uma espantosa injustiça social com multidões feitas descartáveis, considerados zeros econômicos, óleo gasto, não mais interessante para o mercado: produzem irrisoriamente e consomem quase nada. BOFF, Leonardo. **A Grande Transformação**: na economia, na política e na ecologia. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2014, p. 11.

¹⁶ Simultaneamente a Grande Transformação da sociedade de mercado criou também uma iníqua injustiça ecológica. No afã de acumular foram explorados de forma predatória bens e recursos da natureza, devastando ecossistemas inteiros, contaminando os solos, as Águas, os ares e os alimentos, sem qualquer outra consideração ética, social ou sanitária. BOFF, Leonardo. **A Grande Transformação**: na economia, na política e na ecologia. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2014, p. 11.

¹⁷ É responsável levar adiante um tipo de sociedade de mercado que se rege pelo individualismo mais feroz, pela acumulação obsessiva e ilimitada e pelo vazio de todos aqueles valores sem os quais nenhuma sociedade pode se considerar humana: a cooperação, a solidariedade, o Cuidado de uns para com os outros, a proteção da biodiversidade, o maior e a veneração pela Mãe Terra, o encantamento pelo universo, a escuta da consciência que nos incita para o bem, nosso e dos outros, e a abertura aos apelos do Transcendente? Quando uma sociedade se entorpeciu como a nossa, e por seu crasso materialismo se fez incapaz de sentir o outro como outro, somente enquanto eventual produtor e consumidor, está cavando seu próprio abismo. BOFF, Leonardo. **A Grande Transformação**: na economia, na política e na ecologia. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2014, p.29.

a sua porção consciente, inteligente e responsável pela preservação das condições que continuamente produzem e reproduzem a vida (BOFF, 2014, p.13). Contudo, o momento presente desvela um esvaziamento ético em relação à Justiça, pois, em seu viés ambiental, o destinatário único é o ser humano. A sociedade está vivendo uma crise de valores sem precedentes e, diante da desertificação daquilo que é caro à sociedade, há interferência direta no agir humano e na forma com que este se relaciona com o meio em que vive (PELLENZ, 2015, p. 32). A partir do antropocentrismo a dinâmica é simples: o que não é humano, pela sua condição intrínseca, acaba sendo “coisificado” e figura como bem à disposição da humanidade.

Desse modo, o ideal de Justiça, sob o enfoque ambiental, não pode ser apenas um compromisso, mas, sim, um comportamento cotidiano que qualifique, com dignidade, a relação entre humanos e mundo natural, no sentido da preservação e do respeito dos ciclos naturais, como expressão máxima da Sustentabilidade - e sua perspectiva intergeracional.

1.2 JUSTIÇA ECOLÓGICA

A Justiça Ecológica é vetor para a valorização da vida, no seu sentido mais amplo, concretizada por meio do agir humano ético, que respeite o mundo natural e seus ciclos regenerativos, a fim de mitigar as ações que exploram, desmedidamente, a Natureza e reconheçam a importância do mundo natural, para além de uma concepção antropológica neste mundo. A categoria remete para as relações entre humanos e Natureza, haja vista que as teorias sobre Justiça têm sido insuficientes, na compreensão da dimensão real da problemática ambiental.

Chama-se atenção à necessidade de adequar a semântica e os significados daquilo que uns chamam de Justiça Ambiental e outros, de Justiça Ecológica. Bosselmann esclarece que há diferenciação entre essas expressões¹⁸: a primeira diz respeito a

¹⁸ Se a relação entre os seres humanos e o resto do mundo natural tem ou não relação com a “justiça” é fato controverso. Aqueles que concordam falam de “justiça ecológica” como um conceito a incluir os dois aspectos relacionais. Aqueles que discordam insistem que a nossa relação com o resto do mundo natural é uma questão de ética e moralidade, mas não de justiça. Para eles, “justiça ambiental” é o único termo disponível para descrever os problemas de distribuição no que diz

justiça da distribuição entre o meio ambiente e os seres humanos, e a segunda diz respeito a ideia de justiça das relações entre os humanos e o mundo natural. A Justiça Ecológica¹⁹ se refere ao tratamento digno e justo para humanos e não humanos na qual o cidadão, por meio dos seus comportamentos e Responsabilidades, vivencie a interdependência necessária com o meio ambiente natural, para além dos fenômenos da Globalização²⁰, da transnacionalidade ou do mercado. Nesta pesquisa, adota-se a segunda definição.

A Justiça Ecológica tem por objetivo redimensionar a relação entre Natureza e os seres humanos, orientada pelos princípios da Sustentabilidade²¹, Responsabilidade e Igualdade. A crise ambiental enfrentada nesse século e agravada nas últimas décadas, deixa claro a necessidade de se refletir sobre a harmonização da relação entre o Homem e a Natureza a partir da Justiça e do Direito.

respeito a proteção ambiental. BOSELNANN, Klaus. O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 108.

¹⁹ Justiça ecológica significa que cada pessoa singular tem o direito de desfrutar a plenitude da sua própria forma de vida. Em segundo lugar, todas as formas de vida são mutuamente dependentes e dependentes de formas não vivas. Constatando que os princípios podem funcionar na prática criando conflito na tomada de decisões, eles são qualificados por três distinções. A primeira que a vida tem precedência moral sobre a não vida, o segundo é que as formas de vida individualizadas prevalecem moralmente sobre as formas de vida que só existem como comunidades e finalmente os seres humanos tem precedência sobre outras formas de vida. Estas condições visam resolver valores competitivos e assegurar que uma distinção moral entre a vida humana e não humana permanece. BOSELNANN, Klaus. O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 114-115.

²⁰ Globalização, nas palavras de Grasso, se refere a “expansión creciente de las actividades de la economía, producción, circulación, cambio y consumo de cosas, más allá de los confines territoriales y los vínculos del derecho positivo de los Estados”. GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del Constitucionalismo después del Estado Moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 111.

²¹ E enquanto pode vir a ser um erro, salta aos olhos que nossa sobrevivência depende da habilidade de manter e respeitar a integridade ecológica da Terra. Essa é a ideia principal do princípio da Sustentabilidade [...] A Sustentabilidade pode ser definida como o princípio fundamental da lei e da Governança. Ela atingiu um grau de maturidade que permite a análise de seu significado e status legal. Isso pode ser feito de modo similar ao que ocorre com outros princípios fundamentais como justiça e liberdade quando foram examinados e promovidos[...] a Sustentabilidade é um conceito geral e deve ser aplicado do mesmo modo que outros conceitos gerais como liberdade, igualdade e justiça. BOSELNANN, Klaus. O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p 18-19.

A respeito do papel que o Direito, como saber social, pode desempenhar nesta tarefa, cabe mencionar que instrumentos e mecanismos políticos-jurídicos são invocados na defesa e na proteção do meio ambiente. No sentido de superar as desigualdades, pois ao Homem, todos os direitos; à Natureza, nenhum -, já existem diplomas legais que elevam os elementos que compõe a natureza no patamar de sujeitos de direitos²². Esse novo cenário, onde a Natureza é “ser próprio”, é também uma manifestação da Justiça Ecológica, especialmente na possibilidade de se inverter a lógica da destruição do mundo natural, a partir dos critérios de Sustentabilidade. A categoria sinaliza para uma perspectiva que possibilita condições adequadas para se estabelecer um vínculo harmônico e equilibrado entre Homem e Natureza, por meio do Desenvolvimento Sustentável²³.

Desse modo, a Justiça Ecológica se destina a assegurar as garantias legais ao mundo natural e reconhecer direitos ambientais, a serem protegidos, tutelados e assegurados por toda a coletividade. O novo paradigma da Justiça Ecológica deverá conduzir e superar, todos os dogmas atuais, numa dimensão espacial e temporal do objeto de proteção mais amplo capaz de alcançar uma dimensão universal para o futuro da questão ecológica.

A busca de um equilíbrio sobre o uso e compartilhamento dos bens comuns não é uma atitude fácil, embora se possa compreender

²² Sobre Direitos da Natureza, Gussoli explica que [...] um primeiro passo é superar as barreiras que impedem a consideração teórica séria dos direitos da Natureza é separá-la da doutrina dos direitos dos animais. A partir da distinção justiça ambiental (voltada aos seres humanos) e justiça ecológica (voltada ao meio ambiente natural). Alberto Acosta explica que a consideração do valor intrínseco da Natureza e o reconhecimento de sua personalidade jurídica não tem como consequência a proibição do cultivo de plantas, a criação de animais ou mesmo a pesca. Pode-se comer qualquer tipo de carne ou grão, ora a própria manutenção da vida exige a cadeia alimentar. Os direitos da Natureza, portanto, representam um interesse maior que é a manutenção do ecossistema. [...] a justiça ecológica, então, não defende uma natureza intocada, mas sim uma natureza preservada em seus conjuntos de vida. GUSSOLI. Felipe Klein. **A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador**: considerações a partir do caso Vilacamba. Disponível em: www.direito.ufpr.br/.../anais-da-xvi-jornada-de-iniciacao-cientifica-vol-1. Acesso em: 30 out. 2005.

²³ Em outras palavras, o conceito de desenvolvimento sustentável só pode desempenhar as suas funções normativas na medida em que incorpora a ideia de Sustentabilidade ecológica. BOSSELMANN, Klaus. O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 64.

sua finalidade nos principais documentos internacionais. A viabilidade de um desenvolvimento proporcional somente se torna “de carne e osso” quando se observa a convergência de esforços das diferentes redes humanas a partir daquilo que enuncia a Sustentabilidade ecológica. Esse é o ponto que se visualiza como concretização das metas a ser alcançada, a exemplo da proposta que vem da América Latina, especialmente pela UNASUL²⁴, a qual assegura a construção harmoniosa entre Ser Humano e a Natureza a partir dos diferentes ecossistemas (litosfêrea, hidrosfêrea, atmosfera e biosfêrea).

América Latina abre o caminho da revolução paradigmática de Sustentabilidade, de matriz ecológica, na expectativa de uma Justiça Ecológica²⁵ pautada no princípio da Solidariedade. Sob a perspectiva do Direito, essa reviravolta ocorre pelo constitucionalismo de feição ecocêntrica²⁶, a exemplo das Constituições do Equador e

²⁴ Importante saber que, na confluência do dilema entre os direitos de Pachamama (da Natureza) e os Direitos Humanos, e, perante este grande desafio dos tempos atuais, de articular e compatibilizar as macro políticas ambientais, exigências do mandato ecológico, introduzindo na constituição equatoriana, de maior preservação dos ecossistemas, com as macro políticas sociais minimizadoras das desigualdades sociais e regionais, sobretudo nos países menos desenvolvidos do Hemisfério Sul, o modelo do Bem Viver, ora em constante reconstrução, parte da crença de que não seja possível equacionar essas questões sem quem que se reveja a relação do ser humano com as forças cósmicas e telúricas, simbolizadas, respectivamente, pelo Pai Sol e pela Mãe Terra (Pachamama). MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo Ecocêntrico nos Andes: os direitos de Pachamama, o Bem Viver e o Direito a água. In: WOLKER, Antonio Carlos; CADEMARTORI, Daniela; MORAES, Germana de Oliveira; GARCIA, Marcos Leite; WOLKMER, Maria; CADEMARTORI, Sérgio (Orgs.). **Para além das Fronteiras: o tratamento jurídico das águas na UNASUL**. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 9 a 31.

²⁵ "A proximidade do ecocentrismo com a sustentabilidade ecológica é o caminho mais promissor para uma teoria funcional da justiça ecológica. [...] Para se tornar um conceito verdadeiramente ecológico, a justiça precisa chegar ao mundo não humano. [...] Não é o suficiente cuidar dos seres humanos que vivem hoje e amanhã, quando os processos naturais que sustentam a vida estão em risco. Há uma necessidade de identificar e reconhecer a importância ética e jurídica da integridade ecológica". BOSELTMANN, Klaus. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. Tradução de Phillip Gil França. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p. 129.

²⁶ O Constitucionalismo a que se refere aqui diz respeito ao “Bem Viver”, que oferece a todos um modo de viver diferente na busca de uma sociedade igualitária e ética no desenvolvimento da dignidade de todas as pessoas, povos, raças, bem como com o mundo natural num vínculo de solidariedade. Esse ponto de vista implica também, numa reformulação do atual projeto que aceita as desigualdades e diferenças, seja entre humanos ou desses com todos os seres vivos. As fontes dessas Constituições são dos povos originários, de vida campesina e indígena, a qual ratifica e consolida a igualdade do Homem e da Natureza. A partir desta cosmovisão a Natureza não é um mero objeto, mas sujeito de Direito. Nessa linha

da Bolívia²⁷, onde protagonizou a Natureza como sujeito de direitos, que, no campo jurídico, se manifesta pela primeira vez, ou seja, trata-se de uma transição do antropocêntrico ao biocêntrico.

Neste mesmo sentido, o Brasil vem abrindo caminhos, através da consultoria do MAPAS (Caminhos para o meio ambiente e saúde) e de sua fundadora Vanessa Hasson, ampliando uma conscientização, para que se consiga enxergar o meio ambiente, não só como serviço a todos e sim numa relação traduzida em responsabilidade e solidariedade, essa reciprocidade vem ganhando espaços como no Município de Bonito em Pernambuco, que se destaca como iniciativa inédita a ser a primeira cidade brasileira que aprovou, a alteração da Lei Orgânica para reconhecer os Direitos da Natureza, um feito histórico em dezembro de 2017 e que teve repercussão junto à Assembleia Geral das Nações Unidas -ONU, por meio da plataforma *Harmony with Nature*, integrada por especialistas de todo o mundo. Nesse sentido, outras cidades estão adiantadas na tramitação da conscientização da importância da participação de proposituras e avançar no reconhecimento aos Direito da Natureza, a

de pensamento, esse “novo sujeito” é dotado de personalidade jurídica e resguarda a legitimidade de defesa a fim de limitar abusos humanos e coibir a sua depreciação. A apropriação do mundo natural como recurso ou patrimônio deve ser modificada por outro modelo: o da participação de todos na preservação da vida. Esse é o desafio de uma relação harmônica entre humanos e não humanos. Precisa-se do Outro, para garantir o nosso habitat e a nossa sobrevivência. O ser humano, a partir de sua constituição biológica, é muito dependente do mundo natural para desenvolver, especialmente, os significados históricos de Dignidade. A inovação comunga com saberes tradicionais dos povos ancestrais indígenas, anticolonialistas e plurinacionais, bem como o reconhecimento à proteção e preservação dos Direitos Naturais e dos Direitos dos Animais. Consolida-se no Constitucionalismo Latino-Americano, o Direito da Natureza, sinalizando para valores intrínsecos da Natureza das espécies vivas e dos ecossistemas. Tem por base uma sociedade na qual o Homem e a Natureza comungam do mesmo espaço e participam, juntos, na melhoria e preservação da vida. Esse é o sentido promovido pelas tradições ancestrais.

²⁷ A Constituição da Bolívia estabelece, também, essa preocupação de se resgatar a Natureza como sujeito e não objeto de exploração infinita. Os princípios estabelecidos por essa República, no seu artigo 8º, destaca a necessidade de uma sociedade plural, pautada em valores éticos, tais como o *suma qamaña*. A adoção dessa postura indígena andina revela o que se perdeu pela descoberta de um universo microscópico durante a revolução científica na Modernidade. AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. A Importância de Sustentabilidade como Critério de Desenvolvimento do Constitucionalismo Latino-Americano. In: AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de. **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI**. Florianópolis: Empório do Direito. 2015, p. 225.

exemplo, no município de São Paulo-SP que já elabora na forma do PLO nº5/2015, Fortaleza-CE, Alto Paraíso-GO e Caseara-TO.

A partir dessa dimensão, os processos somente terão sentido com a participação de gestores públicos e a comunidade comprometidos e conscientes da necessidade da profunda mudança e devem-se declarar como responsáveis não somente uns com os outros, mas com a comunidade da vida ao desenvolverem, de modo habitual, uma conduta centrada na Responsabilidade e no Cuidado, orientados pela Justiça Ecológica.

2 SUSTENTABILIDADE, UNASUL E ÁGUA: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

A complexidade da sociedade contemporânea e, de modo geral, ao atual estado deste mundo, revelam a amplitude do debate proposto nesta pesquisa.

O Estado-Nação²⁸ dotado de soberania, precisa ser analisado sob dois prismas: a Soberania interna, compreendida como o poder supremo do Estado de impor normas e de ser respeitadas como fonte legítima de direito, sua Constituição e forma de governo, não podendo sofrer intervenção dos demais países, visto que cada Estado tem suas regras e ordenamentos; e a Soberania externa, que dialoga em patamar de igualdade com a comunidade internacional.

No período que sucedeu a Segunda Guerra Mundial, desenvolveu-se um amplo processo de mundialização das relações, processos e estruturas de dominação, apropriação e integração. Aos poucos, a esfera da vida social, coletiva e individual foi alcançada pelo fenômeno da globalização (IANNI, 2008, p. 35-36), instalando-se o exercício de um poder hegemônico de natureza técnico, econômico e financeiro disseminado a nível global (STAFFEN, 2013, p. 152-153).

Cabe destacar que a ordem jurídica global somente pode ser compreendida a partir da crise do Estado, observada na metade do último século, e da globalização de pretensões jurídicas

²⁸ Muito além das fronteiras do Estado-nação, os cidadãos devem estar cientes de suas Responsabilidades acerca da Natureza, das Águas, da biodiversidade, dos animais humanos e não humanos e dos demais elementos que integram o grande lar compartilhado chamado Planeta Terra. PELLEZZI, Mayara. **Cidadania e Educação Ambiental**: novas perspectivas a partir da Transnacionalidade. Erechim: Deviant, 2015, p. 148.

diversificadas. Pouco a pouco, a globalização adquiriu uma potência que se sobrepôs ao Estado, enfraquecido por relações de mercado, pela livre circulação de mercadorias, produtos e serviços nos mais variados espaços do globo. Com a formação de blocos econômicos e especialmente no pós-guerra, a fragilidade do ente estatal se tornou ainda mais evidente, pois os espaços físicos e virtuais se sobrepõem ao Estado e a limites geopolíticos pré-estabelecidos. Isso porque os comportamentos jurídicos e sociais passaram a gravitar em contextos transfronteiriços. A partir da aproximação gerada pelo ciberespaço, o indivíduo possui acesso à informação, à mecanismos de participação política e social, à organismos e organizações transnacionais, dentro e fora de seu país, por meio da Internet. A Globalização gera tal complexidade²⁹ e o Direito, como instrumento de regulação social, deve absorver estas situações emergentes.

Ao mesmo tempo, os fluxos oriundos da globalização, iniciados no pós-guerra e que estão em permanente processo de expansão, passam a integrar o cotidiano econômico, político e social, a partir da convergência de interesses pré-estabelecidos, e que originaram blocos, alianças, instituições, agremiações e Organizações Não Governamentais ao redor do mundo. Estas últimas são cada vez mais atuantes: são novas matrizes de poder.

Considera-se, antes de tudo, os números: os Estados nacionais são 192 e as organizações internacionais cerca de 2.000 (as ONG's correspondem a 20.000, segundo uma recente avaliação da Organização das Nações Unidas). Para exemplificar a complexidade do que está se propondo, é possível imaginar um condomínio em assembleia: se, para a resolução de conflitos, todos os proprietários de apartamentos em condomínios reunissem-se, instalar-se-ia o caos porque há mais condomínios do que proprietários.

Por outro lado, não são todas as organizações internacionais que integram apenas do Estado. Muitas atuam também com poder

²⁹ A globalização que o mundo vive não é um fenômeno novo. Mas é ao longo dos anos noventa que este processo de internacionalização obteve uma nova dimensão. As fronteiras físicas e simbólicas que delimitavam o espaço de dominação e influência dos Estados tornaram-se porosas e estes já não são mais capazes de controlar tudo o que controlava antes. A globalização ainda é reforçada por meios da sociedade da informação que traz uma realidade de proximidade planetária. Esta globalização traz muitos benefícios, mas também apresenta um desafio redobrado aos Estados e ao Direito, que deve avaliar questões como as que tratam da soberania, por exemplo.

supra-estatal, como é o caso da União Européia (que faz parte, por exemplo, da WTO – *World Trade Organization* e IOCC – *International Olive Oil Council*). A equação parece cada vez mais difícil de ser resolvida e é essa complexidade que precisa ser considerada quando se reflete a respeito de uma ordem jurídica deste porte: as organizações globais não podem ser todas definidas como inter-governos, mas sim, para além desses.

A partir destas constatações, Snyder destaca que a globalização é governada pela totalidade de conjunções estrategicamente determinadas, contextualmente específicas e frequentemente episódicas, irradiadas de diversos lugares pelo mundo, com elementos institucionais, normativos, processuais específicos, mas não necessariamente exclusivos (1999, p. 334). Neste cenário, os desafios são muitos. As transformações ocorridas a partir da globalização são apenas o ponto de partida para a pluralidade de elementos que integram esse novo momento histórico, de dimensão transnacional. Os cenários atuais suscitam a reflexão a respeito de possibilidade para além do Estado, pois os interesses comuns são diversos. Sobre o tema, Cassese destaca que há uma tendência à formação de uma ordem jurídica global³⁰, podendo ser argumentada por diversos elementos como: plurissubjetividade, normatização, administração, jurisdição, legitimação e justiça (OLIVIERO; STAFFEN, 2013).

Assim, não importa qual o cenário da integração que permite a formação deste ou daquele bloco, mas sim, a compreensão de que atividades de cooperação e pontos em comum são uma realidade sem afetar a questão da soberania. Partindo desse pressuposto, cabe ressaltar que o processo de globalização altera o papel dos atores sociais, que assumem a centralidade no espaço público mundial. As características habituais de governo são trasladadas para a aceção

³⁰ A crise do Estado nacional e, consequência de uma Constituição, a instabilidade da soberania, a alteração dos sistemas de fontes e a debilidade do constitucionalismo constroem um terceiro aspecto da crise. A adoção de novas fontes, notadamente as decorrentes do direito transnacional em matéria econômica, subtraídas de controles parlamentares e de vínculos constitucionais materiais e formais, tornam-se os aspectos mais sediciosos desta trajetória que atingem incisivamente o ordenamento jurídico nacional. STAFFEN, Márcio Ricardo. A Redução do Estado Nacional e Ascensão do Direito Global! Há espaço para os juizados especiais federais? In: GRADOS, Guido Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Constitucionalismo em Mutação**. Blumenau: Nova Letra, 2013, p 151-171.

Governança mundial³¹, em razão de vários fatores, como a concentração de riquezas e exclusões sociais (TOMAZ, 2013, p 212-227), os processos econômicos, a inexistência de controle da transnacionalização, dentre outros.

No âmbito da questão ambiental, isso também pode ser observado: a globalização conjugou os questionamentos da comunidade internacional a respeito do esgotamento do mundo natural, o que fez surgir organizações internacionais transnacionais com objetivo de defender os interesses comuns³², ou seja, estruturou-se uma nova forma de Governança³³ direcionada ao direito ambiental internacional³⁴.

³¹ Notadamente entre 1980 e 1990, a caracterização da concepção habitual de governo é transladada para a aceção governo (*governance*), a partir dos postulados de Rosenau e Czempiel, haja vista a combinação de instituições, políticas e iniciativas conjuntas com propostas claras e definidas. Com isso, o problema de governar o mundo se funde em contextos que perpassaram por alianças militares (OTAN); instituições intergovernamentais (ONU, UNESCO, UNICEF, OMS e afins); ORGANISMOS REGIONAIS (Conselho Europeu); agremiações pós-imperialistas (*Commonwealth*, Comunidade dos Países de Língua Portuguesa); ordenamento quase políticos (União Europeia, Mercosul, UNASUL); *sumit* (G-20, G-8, BRICS) e outras milhares de ONGs. STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p.59-60.

³² O interesse comum é um termo jurídico genérico para as diversas expressões de âmbito jurídico, ele pode ser identificado como um dos principais desenvolvimentos, não só em direito ambiental internacional, mas do direito internacional em geral. Sua história começou após a Segunda Guerra Mundial quando as obrigações gerais do interesse comum de toda humanidade expandiram na para dos direitos humanos. O interesse comum encontrou sua mais forte expressão em convenções globais e regionais de direito humanos e no recente desenvolvimento no sentido de uma extraterritorialidade dos direitos humanos. BOSSELMANN, Klaus. O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p 191.

³³ Em complemento, “Es preciso plantear un concepto de buena gobernanza que nos satisfaga un poco más de lo que hasta ahora hemos visto. Tanto a nivel internacional como nacional para perfeccionar la justicia es necesario alcanzar un desarrollo de la gobernanza en su sentido más amplio. Para ello vamos a emplear la división propuesta por PNUD que ha identificado cuatro dimensiones de la gobernanza: – Gobernanza económica: un orden económico de mercado, competitivo y no discriminatorio, que favorece el crecimiento económico. – Gobernanza política: instituciones políticas participativas, democráticas, legítimas, pluralistas y accesibles. – Gobernanza administrativa: una administración pública eficiente, transparente, independiente y responsable. – Gobernanza sistémica: instituciones sociales que protegen los valores culturales y religiosos, contribuyen a garantizar la libertad y la seguridad, y promueven la igualdad de oportunidades para el ejercicio de las capacidades personales”. BALLAR, Rafael Gonzáles. Algunas propuestas para potenciar la buena gobernanza ambiental como requisito

Nesse cenário, para BOSSELMANN (2015, p.188), há duas situações a serem consideradas: em primeiro, o pensamento ambiental foca no aspecto global e o pensamento jurídico foca no Estado, ou seja, nas normas internas e nas leis ambientais: trata-se da integridade ecológica de dimensão planetária e de conceitos jurídicos que devem responder a realidade, respectivamente.

Em relação à água, o caráter global e transfronteiriço do elemento é evidente, a exemplo do Aquífero Guarani, presente em quatro países do Continente sul-americano: Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. O mesmo ocorre em Águas superficiais como a bacia hidrográfica do rio Níger (continente africano) e na Europa, na bacia do rio Danúbio. Logo, os Estados compartilham de uma mesma realidade, pois para o elemento Água, não há fronteiras. Os interesses comuns³⁵ sinalizam para a normatização nesse mesmo sentido. Sob semelhante argumento, LEFF (2010, p.109), que depois do “outro negro e do outro verde, hoje a água surge na superfície do mercado como o ouro azul”.

Na mesma toada, a Sustentabilidade da Água possui um marco jurídico na Governança global, situado num discurso de integração e no reconhecimento do elemento como Direito Humano e Direito à Vida. Em Cochabamba, na Bolívia, em abril de 2010, proclamou-se, na Conferência Mundial dos Povos sobre Mudanças Climáticas e os Direitos da Mãe Terra, a Água como fonte de Vida. A Assembleia das Nações Unidas acatou a proposta do governo boliviano, e o Conselho de Direitos Humanos aprovou a Resolução A/HRC/RES/15/9, onde os Estados são convocados a efetivar esse Direito essencial à vida, em todas as suas manifestações³⁶.

para uma verdadeira justiça ambiental. In: PERALTA, Carlos E; ALVARENGA, Luciano J.; AUGUSTIN, Sérgio (orgs.). **Direito e justiça ambiental: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica**. Caxias do Sul, RS : EducS, 2014, p. 161-176.

³⁴ BOSSELMANN, Klaus. O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015, p 191.

³⁵ Interesses comuns não são o mesmo que interesse comum. O primeiro é sociológico, o segundo um conceito jurídico, mas ambos estão relacionados. BOSSELMANN, Klaus. O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

³⁶ Confirma que os direitos à Água e ao saneamento fazem parte do direito internacional existente e que esses direitos são legalmente vinculados para o Estado. A aprovação dessas duas importantes resoluções pelas Nações Unidas denota preocupação com a situação de quase um bilhão de pessoas sem acesso a

A hegemonia globalizada, que se sobrepõe aos Estados pelo interesse comum, demonstrado nesse artigo pelo elemento Água, demonstra um critério de união na comunidade internacional e sinaliza para a necessidade de um Direito Global. Nesse ínterim, STAFFEN (2013, p. 164-165) esclarece, “o sucesso do paradigma global de Direito carece de superar a problemática inerente à legitimação das instituições globais[...] a construção, se possível, de uma democracia cosmopolita, capaz de influenciar a produção, interpretação e aplicação do modelo global”.

Chama-se atenção, neste período de grandes mudanças e transformações, a necessidade quanto ao elemento manter seu caráter comum e coletivo. Há uma questão de poder que precisa ser analisada com cautela, considerando uma possível eclosão de disputa sobre o controle da Água, como resultado da diminuição da oferta mundial. Assim, fatores como o aumento da população e o consumo imprudente, já resultam em graves conflitos pelo domínio da Água (BLACK, 2005, p.78) neste Planeta.

A Água, como mercadoria³⁷, gera uma discussão complexa. De um lado, prevalece o domínio público do elemento, como indispensável para a manutenção de tudo que é vivo no globo terrestre. De outro, a cobrança pelo uso da Água atribui a esta um valor econômico. No contraponto, BLACK (2005, p.78), insiste: a Água, se for considerada um bem econômico, poderá ser utilizada de

fontes de Água limpa, em como revela o início da expansão par o mundo das novas bases do constitucionalismo ecocêntrico, projetada sobre a visão das Águas, adotada os países andinos, despertando a esperança de que a humanidade, em suas diversas latitudes e longitudes, possa começar a conscientizar-se acerca da importância da Água como fonte de vida. MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo Ecocêntrico nos Andes: os direitos de Pachamama, o Bem Viver e o direito à Água. *In: Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*. V. 34, n.1, 2013. p. 123-155, jan/jun. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/11840/1/2013_art_gomoraes.pdf. Acesso em: 04 de abril 2016.

³⁷ O mercado livre se transformou na realidade central, subtraindo-se ao controle do Estado e da sociedade, transformando tudo em mercadoria, desde as realidades sagradas vitais como a Água, os alimentos até as mais obscenas como o tráfico de pessoas, de drogas e de órgãos humanos. A política foi esvaziada ou subjugadas aos interesses econômicos, e a ética foi enviada ao exílio. Bom é ganhar dinheiro e ficar rico e não ser honesto, justo e solidário. BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2012, p. 18.

forma irresponsável e configurar-se como “*amenaza de un futuro sin agua*”³⁸.

O Direito Global, em Governança aos elementos naturais, se faz necessário a partir do intercâmbio de decisões judiciais monocráticas ou de Tribunais, com objetivo de compartilhar entendimentos onde a Justiça Ecológica seja via de cooperação e integração entre os povos. A partir desta perspectiva, ARIZIO, (2017, p.64) orienta que “a governança para a Sustentabilidade sinaliza que o ambiente não pertence nem ao Estado nem a humanidade, mas apenas a si próprio diante do seu valor intrínseco, que estabelece limites para soberania do Estado e o meio ambiente”.

No cotejo entre Água como necessidade à concretização do Direito humano à Vida e estratégias de mercado, deve prevalecer o entendimento de que os bens comuns são direito dos povos, em detrimento de seu caráter mercantilizável. Não ter direito à Água é não ter direito a diversos outros e, ainda, ter ofendida ou violada essa condição. Por esse motivo, sinaliza-se para um tratamento jurídico e social adequado para essa questão, como forma de transformar a realidade e caminhar rumo à era sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise ambiental que hoje se enfrenta neste Planeta resultou na conscientização de que o Homem, em posição antropocêntrica e de superioridade frente aos outros elementos que integram o mundo, adotou um modelo de desenvolvimento insustentável, pautado na exploração da Natureza como se fosse objeto a disposição da humanidade. Inserida nesse contexto está também a crise da Água, elemento vital para todo o ser que habita esse Planeta. Trata-se de um cenário alarmante, pois sem água, não há vida. O acesso à Água não deve ser seletivo nem escasso, mas sim, suficiente para garantir condições de vida a seres humanos e não humanos. A crise hídrica atingiu países desenvolvidos e a qualidade da Água restou prejudicada, fato que desencadeou a reflexão da comunidade internacional acerca do tema.

As Organizações das Nações Unidas promoveram documentos de caráter global incentivando a proteção da água, como

³⁸ BLACK, Maggie. **El Secuestro Del Agua**: la mala gestión de los recursos hídricos. Barcelona: Intemón Oxfan, 2005.

garantia de bem estar e de saúde. A partir destas iniciativas, diversos outros mecanismos surgiram ao redor do mundo, com a finalidade de tutelar o bem mais essencial para a manutenção da vida humana na Terra. Para além de interesses econômicos, a água adquiriu relevância diante da possibilidade de sua finitude.

Sem a pretensão de lançar respostas últimas ao tema, buscou-se, nessa pesquisa, analisar a Justiça Ecológica e a Governança da Água, a partir dos aspectos destacados da Sustentabilidade. Num primeiro momento, discorreu-se sobre a categoria Justiça e seu viés ambiental, que são questões que perpassam pela compreensão sobre Pessoa Humana e suas múltiplas inter-retroações. Entende-se que, na ausência da Justiça Ecológica, ainda que minimamente, não é possível a efetivação da categoria Dignidade. Por esta razão, a Justiça destina-se também aos elementos do mundo natural, pois não é somente o Homem, como agente social transformador, o destinatário da categoria, sob a ótica ambiental.

No que diz respeito a Água, diante de sua imprescindibilidade, o elemento enseja Cuidado e Responsabilidade, em dimensão global. Para sua gestão e proteção, existem autores que defendem uma Governança nesse sentido, diante da condição transfronteiriça e do interesse comum deste tema, na comunidade internacional.

Nesse sentido, a tutela da Água deve ser compromisso político e social, muito além dos mecanismos legais já existentes. Sinaliza-se para um tratamento político, jurídico e social adequado para o elemento, como forma de transformar a realidade e caminhar rumo à era sustentável. Sob essa linha de pensamento, diversas legislações de países do mundo, organizações mundiais, entre outros, têm demonstrado essa preocupação. Exemplo disso são as Constituições do Equador e da Bolívia, com a elevação da Natureza e dos animais a sujeitos de direitos.

A necessidade do equilíbrio entre as ações humanas, as atividades econômicas e o crescimento culminaram na Sustentabilidade, introduzida para manter a integralidade dos elementos naturais também para as gerações futuras. Nesse sentido, para alcançar os objetivos propostos pela Sustentabilidade, a Água deve estar no centro do debate, seja pela possibilidade de uma tutela jurídica global ou de uma governança a partir de pontos de interesses comuns, já que, numa situação de crise, as perspectivas são globais

e os problemas são transfronteiriços. Limites geopolíticos são o contraponto da desterritorialização do Estado, que mantém sua soberania, mas também pode associar-se em blocos com afinidades compartilhadas, a partir do mundo natural como critério de união.

No cotejo entre Água como necessidade à concretização do Direito humano à Vida e estratégias de mercado, deve prevalecer o entendimento de que os bens comuns são direito dos povos, em detrimento de seu caráter mercantilizável. Não ter direito à Água é não ter direito a muitos outros direitos, como vida e saúde, para exemplificar. Chama-se atenção a necessidade de um tratamento jurídico e social adequado para essa questão, em prol do bem comum mundial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de. A Importância de Sustentabilidade como Critério de Desenvolvimento do Constitucionalismo Latino-Americano. *In*: AQUINO, Sergio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega De. **As Andarilhagens da Sustentabilidade no Século XXI**. Florianópolis: Empório do Direito. 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. Ed. Brasília: UNB, c1985, 1999.

ARIZIO, Silvia Helena. **Manifesto para uma Justiça Ecológica**: sua importância acerca do Direito das águas. Erechim: Deviant, 2017.

BLACK, Maggie. **El secuestro Del Agua**: La mala gestión de los recursos hídricos. Barcelona: Intermón Oxfam, 2005.

BOFF, Leonardo. **A Grande Transformação**: na economia, na política e na ecologia. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2014.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**: o que é – o que não é. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2012.

BALLAR, Rafael Gonzáles. Algunas propuestas para potenciar la buena gobernanza ambiental como requisito para una verdadera justicia ambiental. *In*: PERALTA, Carlos E; ALVARENGA, Luciano J.; AUGUSTIN, Sérgio (orgs.). **Direito e justiça ambiental**: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica. Caxias do Sul, RS: EducS, 2014.

BOSELTMANN, Klaus. O Princípio da Sustentabilidade: transformando direito e Governança. Tradução Philip Gil França. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2015.

GRASSO, Pietro Giuseppe. **El problema del Constitucionalismo después del Estado Moderno**. Madrid: Marcial Pons, 2005.

GUSSOLI, Felipe Klein. **A natureza como sujeito de direitos na Constituição do Equador**: considerações a partir do caso Vilacamba. Disponível em: www.direito.ufpr.br/.../anais-da-xvi-jornada-de-iniciacao-cientifica-vol-1. Acesso em: 30 out. 2015.

IANNI, Octavio. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

LEFF, Enrique. **Discursos Sustentáveis**. São Paulo: Cortez, 2010.

LOVELOCK, James. **A vingança de Gaia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Recursos Hídricos**: Direito Brasileiro e Internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 5 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. O Constitucionalismo Ecocêntrico nos Andes: os direitos de Pachamama, o Bem Viver e o direito à Água. *In*: **Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza**. V. 34, n.1, 2013. p. 123-155, jan/jun. Disponível em: <http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/11>. Acesso em: 04 de abril 2016.

NOVAES, Maria Helena. Paradoxos contemporâneos: o Cuidado numa convivência saudável. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; Guilherme de Oliveira (coord.). **Cuidado e Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVIERO, Maurizio; STAFFEN, Márcio Ricardo. Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo stato (Sabino Cassese). *In*: **Sequencia**. Florianópolis, jul. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.50007/2177-7055.2013v34n66p357>. Acesso em: 15 set 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12.ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

PELLENZ, Mayara. **Cidadania e Educação Ambiental**: novas perspectivas a partir da Transnacionalidade. Erechim: Deviant, 2015.

PIRES, Cecília. **Leituras filosóficas passadas a limpo**: temas e argumentos. Passo Fundo: Ifibe, 2016.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para desenvolvimento sustentável**. Tradução José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motto. São Paulo: Companhia da Letras, 2013.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do Direito Global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STAFFEN, Márcio Ricardo. A Redução do Estado Nacional e Ascensão do Direito Global! Há espaço para os julgados especiais federais? *In*: GRADOS, Guido

Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo.

Constitucionalismo em Mutação. Blumenau: Nova Letra, 2013.

TOMAZ, Roberto Epifanio. Transnacionalidade: uma proposta à globalização Hegemônica. *In*: GRADOS, Guido Cesar Aguila; CAZZARO, Kleber; STAFFEN, Márcio Ricardo. **Constitucionalismo em Mutação**. Blumenau: Nova Letra, 2013.

REFLEXOS SOBRE A RECICLAGEM E OS IMPACTOS DIRETOS E INDIRETOS NA QUALIDADE DE VIDA E NO MEIO AMBIENTE

Flávia Carrijo Nunes¹

INTRODUÇÃO

A expressão sustentabilidade é amplamente utilizada no Brasil e no mundo todo, estando ligada às ações relacionadas ao meio ambiente sob a perspectiva de se ter uma ação sustentável na qualidade ou condição de mantê-lo ou conservá-lo. Também se define sustentabilidade como a capacidade de interação entre o ser humano e o mundo, preservando os recursos naturais para não comprometer as necessidades das gerações futuras, como frisa Nalini (2011, p. 125):

Sustentabilidade é muito mais do que atributo de um tipo de desenvolvimento. É um projeto de sociedade alicerçado na consciência crítica do que existe e um propósito estratégico como processo de construção do futuro. Vem daí a natureza revolucionária da sustentabilidade. Revolução que é considerada na acepção de divisor de águas que opera transformações profundas numa ordem em crise e assume uma força fundadora e instauradora de uma nova ordem.

¹ Advogada formada há mais de 10 anos pelo Centro Universitário Eurípedes Soares da Rocha - Univem, na cidade de Marília/SP (2007); inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - sob o n. 287.018/SP; Pós-Graduada pela Faculdade Anhanguera, em Ciências Penais, com título de especialista em Magistério Superior (2011/2013). Desde 2008 atua em diversas áreas da advocacia, assessoria e consultoria jurídica, dos mais variados setores da advocacia; Mestranda em Direito pelo Univem; A linha de pesquisa que desenvolve é na área de Direito Ambiental, sendo orientada do Prof. Drº Oswaldo Giacoia Junior.

Em 1972, na Suécia, iniciou-se um debate sobre o tema “sustentabilidade sobre o meio ambiente”, na conferência da ONU (Organização das Nações Unidas), em que se definiam a melhoria e a preservação do meio ambiente natural. Contudo, nunca antes na história se debateu tanto sobre o meio ambiente e sua sustentabilidade como nos dias atuais. Cada vez mais se faz necessário o cuidado e a atenção com o meio ambiente.

Sem dúvida, o desequilíbrio provocado pela devastação de recursos naturais está colocando em risco não só os animais e vegetais, mas a sobrevivência do ser humano. Afinal, o ato de repensarmos no modo de vida e a forma de consumo são indícios que trazem à tona argumentos colocados em discussão a partir de necessidades decorrentes do mau uso dos recursos naturais.

Entretanto, uma das formas de reverter esse caos é o reaproveitamento de materiais possivelmente recicláveis, evitando assim uma maior extração de recursos e diminuindo o acúmulo de lixo nos centros urbanos, encontrando um ponto de equilíbrio que desacelere a destruição experimentada nos dias atuais.

Assim, reduzindo-se os desperdícios, os danos causados ao meio ambiente serão drasticamente minimizados e a sustentabilidade dos assentamentos humanos e atividades econômicas de qualquer natureza estará assegurada.

Estimular a reciclagem, o plantio de árvores, a coleta seletiva, o aproveitamento de partes normalmente descartadas dos alimentos como folhas, cascas de frutas e talos; assim como o desenvolvimento de cursos, palestras e estudos que informem e orientem todos os cidadãos para a importância da participação e do engajamento nesses projetos, são soluções simples para fomentar a sustentabilidade e a conservação do meio ambiente.

1 LIXO

1.1 LIXO NORMAL

O lixo, também chamado de rejeitado, passa por um processo de exclusão, sendo posto para fora dos estabelecimentos e devendo cumprir seu rumo natural. Assim, não deve ser depositado ou até mesmo deixado em qualquer lugar, devendo ser acondicionado de

forma correta. Ele assume um caráter depreciativo, sendo associado à sujeira, pobreza, falta de educação e outras conotações negativas.

Lixão ou aterro sanitário não é a forma adequada de disposição final dos resíduos sólidos, que acabam por ser descartados sobre o solo, sem qualquer medida de proteção ao meio ambiente ou até mesmo à saúde pública. O acúmulo do lixo em local indevido causa poluição visual e também constrangimento, apresentando mau cheiro, doenças e pragas, fato que incomoda a todos que trabalham ou vivem ao seu redor.

É notório que nossa sociedade se depara, e não é de hoje, com a desigualdade social e que cada vez mais o consumo de lixo aumenta de forma exorbitante, pois se sabe que os problemas de ordem ambiental têm ganhado um espaço grande na agenda política em geral.

Uma das consequências dessa desigualdade é o crescimento de pessoas que vivem na informalidade do trabalho e no desemprego, necessitando de alguma forma garantir o sustento pessoal e familiar, partindo então para o grupo de trabalhadores catadores que trabalham em lixões, catando os resíduos que podem ser reciclados e também os que trabalham vendendo para os donos de depósitos de resíduos sólidos recicláveis ou para as indústrias recicladoras, sendo esta a coleta seletiva.

Muitas dessas pessoas buscam obter renda em lixões e acabam por causar indignação e espanto de várias pessoas, pois elas se misturam aos restos de lixos na procura de alguma coisa que tenha valor e que sirva para a venda, procurando com isso obter dinheiro para de alguma forma sobreviver. Esse é simplesmente o reflexo do descaso social e das desigualdades sócio-econômicas.

Outro fator que causa indignação em relação aos catadores é que, além de se exporem ao meio dos restos, vivem em condições muito precárias. Apesar de ser um trabalho honesto, essas pessoas são excluídas de direitos básicos, tais como: assistência médica e a aposentadoria, garantias essas por lei a todos os cidadãos trabalhadores brasileiros.

É sabido que, com o passar dos anos, os problemas de ordem ambiental têm ganhado espaço, contribuindo para maiores discussões que fundamentam os parâmetros que repensam o uso ou não dos recursos naturais, a crescente produção de bens não duráveis que impulsionam o consumo exagerado e descontrolados e,

com isso, a geração de toneladas de resíduos que em grande parte são descartados sem nenhum tratamento seguro.

Analisando o quadro atual, discutem-se abordagens que tratam desses conteúdos, para que se possa ter em mãos possíveis alternativas e ideias para refletir sobre as condições e se analisar as relações sociais e de produção em que vivemos e onde nos reproduzimos.

A humanidade está vivendo em uma sociedade de risco (BECK, 2010, pp. 02-07), considerada vulnerável e perigosa, que vem sofrendo os efeitos dos inúmeros impactos ambientais, tais como o efeito estufa, enchentes, inundações, queimadas, desertificação, poluição atmosférica, entre outros. Efeitos esses que têm como consequência as mudanças climáticas, o aquecimento global, a extinção da biodiversidade, o aumento no número de refugiados ambientais, o aumento das doenças e da pobreza, sem contar que os reflexos desse resultado desastroso trazem enorme prejuízo para o crescimento econômico e político dos países.

O autor José Rubens Morato Leite pondera também que:

É inegável que atualmente estamos vivendo em uma intensa crise ambiental, proveniente de uma sociedade de risco, deflagrada, principalmente, a partir da constatação de que as condições tecnológicas, industriais e formas de organização e gestões econômicas da sociedade estão em conflito com a qualidade de vida. (LEITE, 200, p. 13)

Portanto, em razão dessa crise ambiental, é necessário a normatização das condutas humanas em relação ao meio ambiente e também a necessidade de destinar corretamente os resíduos que se encontram nas áreas urbanas e a prática de medidas simples, como a reciclagem, que estabeleçam a cultura da sustentabilidade em cada família e, conseqüentemente, em toda a sociedade.

Uma medida muito importante é ensinar e conscientizar as famílias a refletir acerca da influência negativa sobre o meio ambiente assim como orientá-las a proceder de forma a neutralizar ou minimizar as emissões, garantindo a sustentabilidade e contribuindo enormemente para a conservação do meio ambiente em que vivem.

O mais importante de tudo é educar e fazer com que cada cidadão entenda que tudo o que ele faça gerará um impacto no meio ambiente que o cerca. E que só com práticas e ações que visem a sustentabilidade dessas práticas garantir-se-á uma vida melhor e mais satisfatória para ela mesma e para as gerações presentes e futuras.

1.2 COLETA SELETIVA E A RECICLAGEM

Lixos recicláveis são aqueles resíduos que constituem interesse de transformação, e/ou viabilizam uma transformação na cadeia produtiva do mesmo ou de outros produtos. Um exemplo são as fraldas descartáveis, mas infelizmente essa tecnologia ainda não está disponível no Brasil; logo, essas fraldas descartáveis não se configuram como matérias que podem ser reaproveitáveis, como poder-se-ia ocorrer, em nosso país.

O objetivo da reciclagem é reutilizar e reaproveitar os resíduos, sendo que atualmente estamos munidos de múltiplas alternativas para esse reaproveitamento. São inúmeras as vantagens da reciclagem: redução da quantidade de resíduos ao aterro sanitário; redução dos impactos ambientais; redução da poluição; redução das pragas, entre outras vantagens.

A reciclagem permite o reaproveitamento de diversos materiais, o que ajuda a diminuir o consumo de alguns elementos da natureza por meio desse processo. Dentro da cadeia dos resíduos, os sistemas de coleta seletiva que se consolidaram vêm se traduzindo também em alternativas de geração de trabalho e renda para a manutenção e sobrevivência de muitas famílias, não só de catadores do lixão, mas de intermediários, como os carrinheiros, que coletam nas ruas resíduos sólidos recicláveis.

Dessa forma, tem-se na coleta seletiva um fator muito importante para o melhoramento da qualidade e da quantidade dos resíduos coletados e dos materiais a serem reciclados. Evita-se, desse modo, o depósito de toneladas de resíduos em lixões ou aterros, o que aumenta a vida útil desses locais de descarga. Além disso, esse fato contribui com medidas que sensibilizem a população para a questão, gerando, em alguns casos, renda para pessoas desempregadas ou que vivem no trabalho informal, trabalhando na coleta de resíduos em lixões e fora deles, como os trabalhadores carrinheiros.

A reciclagem tornou-se socialmente importante, tendo em vista que os lixões causam graves problemas ambientais, poluindo as águas, solos e ar.

Atualmente, a educação, nesse sentido, deve ser ressaltada como elemento-chave para a transformação das sociedades, devendo a educação ambiental ser trabalhada de forma contínua e permanente.

Sabe-se que o lixo é um dos maiores problemas que afetam diretamente todas as questões sociais e ambientais, sendo a coleta seletiva além de uma atividade interessante, não somente boa para a economia, mas também para o meio ambiente.

A coleta seletiva nada mais é do que um processo que consiste na separação e recolhimento consciente dos resíduos descartados por empresas e pessoas. Dessa forma, o lixo reciclável é separado do lixo comum, que são restos de carne, frutas, verduras entre outros alimentos. Este último tipo de lixo é descartado em aterros sanitários ou usado para a fabricação de adubos orgânicos.

Como exemplo dessa questão, podemos indagar de que adianta ter nas escolas diversos contêineres de cores diferentes distribuídos, se o aluno mal sabe o porquê daquilo? E mais ainda: se o próprio funcionário encarregado pela limpeza não sabe nem vê o porquê de tal ação? A título de informação, um papel, para ser reciclado, não pode estar amassado e, tampouco, sujo.

Daí, surge a pergunta: de que adianta ter no pátio das escolas um lixo destinado a papéis para reciclagem, se a informação de que aquele guardanapo que envolveu o pastel que a criança ou jovem comeu no lanche (e jogou naquele recipiente com imensa boa vontade) não poderia ser jogado lá? E ainda para que, se a pessoa responsável pela limpeza despeja o conteúdo de cada contêiner no mesmo saco preto com outros resíduos?

No sistema de coleta seletiva, os materiais recicláveis são separados em: (1) papéis, (2) plásticos, (3) metais e (4) vidros. Existem indústrias que reutilizam esses materiais para a fabricação de matéria-prima ou até mesmo de outros produtos.

Há ainda a necessidade de descarte apropriado de alguns tipos de lixos. Embora não possam ser reutilizados, esses materiais ganham um destino apropriado para não gerar a poluição do meio ambiente.

Pilhas, baterias comuns e de celular também são separadas, pois, quando descartadas no meio ambiente, provocam contaminação do solo, em decorrência da ação do lítio e outros elementos altamente poluentes.

Os medicamentos também não devem ser descartados junto com o lixo orgânico, pois possuem substâncias químicas que podem contaminar o solo e a água.

As lâmpadas fluorescentes também necessitam de descarte especial, pois, em seu interior, uma lâmpada deste tipo possui vapor de mercúrio, gás tóxico que contamina o ar e o solo quando quebrada. Algumas lojas de materiais elétricos e de construção possuem pontos de coletas desses materiais.

Não se pode esquecer também dos lixos hospitalares, que merecem um tratamento especial, pois costumam estar infectados com grande quantidade de vírus e bactérias, causando não somente perigo ao meio ambiente, como também à saúde humana.

Esse tipo de coleta é de extrema importância para o desenvolvimento sustentável do nosso planeta, pois grande parte dos produtos recicláveis, que poderiam ser reaproveitados, são, infelizmente, inutilizados, comprometendo a qualidade do ar, solo e, principalmente, das águas subterrâneas e superficiais.

A iniciativa da coleta seletiva do lixo é uma ação educativa que visa investir em uma mudança de mentalidade, transformando a consciência ambiental, e objetivando minimizar o desperdício de matéria-prima. Enquanto a reciclagem é a forma mais racional de gerir os resíduos sólidos urbanos e tem como a finalidade possibilitar mudanças conceituais, pois, na sua essência, é uma maneira de educar pessoas e, é claro, fortalecer o vínculo afetivo com o meio ambiente, despertando nelas o sentimento de poder modificar o meio em que vivem.

Em decorrência do crescimento demográfico acentuado e da velocidade do processo de produção de resíduos sólidos, especialmente nos centros urbanos, acabou-se por tornar o lixo um problema que vem sendo agravado com o passar dos dias.

A produção em larga escala de objetos de consumo vem aumentando assustadoramente, tendo como consequência o volume e a diversidade de resíduos, surgindo assim a era dos descartáveis. Além disso, representa impactos ambientais muito relevantes e que

afetam e degradam a qualidade de vida urbana e rural, como explana Amado (2011, p. 44):

Deveras, as necessidades humanas são ilimitadas (fruto de um consumismo exagerado incentivado pelos fornecedores de produtos e serviços), mas os recursos ambientais naturais não, tendo o planeta Terra uma capacidade máxima de suporte, sendo crucial buscar a sustentabilidade.

Nesse sentido, para buscar uma sociedade solidária para como meio ambiente e em harmonia com os princípios do desenvolvimento sustentável, as sociedades devem buscar o respeito e o cuidado com a natureza, melhorar a qualidade de vida, conservar a diversidade do planeta, minimizar o esgotamento dos recursos não renováveis, modificar atitudes e práticas pessoais, entre outras atitudes.

Por outro lado, procura-se desenvolver atitudes para reconhecer os prejuízos que o lixo acumulado causa e a importância da redução, da reutilização e da reciclagem dele para a natureza e, é claro, para administrar a problemática do lixo, é necessária uma combinação de métodos, que vão além da redução dos rejeitos.

Infelizmente, muitos desconhecem o real significado do lixo e muito menos sabem o que é a coleta seletiva, fazendo-se, portanto, necessário trabalhar esses conceitos. Todos deveriam ter consciência da necessidade da coleta seletiva, a fim de evitar impactos negativos ao meio ambiente e à saúde pública.

O seu reaproveitamento passou a ser não só uma preocupação nacional, mas sim mundial, pois representa economia de matéria-prima e de energia fornecidas pela natureza. O seu reaproveitamento ocorre através da reutilização e da reciclagem daquilo que representa ser inútil, quando na verdade trata-se do lixo, conceito este que deve ser revisto, pois o que é considerado inútil muitas vezes pode ser útil e aproveitável pelo homem.

Devemos mudar o conceito sobre o lixo como algo descartável e que não tem valor algum a partir da educação ambiental, que é, sem qualquer dúvida, um dos mais necessários e urgentes meios para reverter essa situação, pois grande parte do

desequilíbrio ambiental está relacionada a condutas e práticas humanas e também pelo uso inadequado dos bens da natureza.

2 EDUCAÇÃO AMBIENTAL

Em vista dos desequilíbrios ambientais que vêm ocorrendo e que afetando consideravelmente a vida e o meio ambiente, torna-se cada vez mais necessária a reavaliação do papel do Estado na sociedade.

Sabe-se que os bens naturais são finitos e a sua escassez provocará resultados desagradáveis e que refletirão no meio ambiente e em tudo que o envolve.

A proteção ambiental tem se tornado tarefa inevitável e urgente, que carece da urgente e efetiva participação por parte do Estado, como provedor de meios voltados para a tutela e preservação dos bens ambientais.

Apesar da educação ser um instrumento de transformação social e de fundamental importância nas instituições educacionais, tem-se que considerar que, infelizmente, esta é incapaz de responder a todos os anseios e necessidades dos diferentes integrantes de uma sociedade. Nessa perspectiva, o ensino deve proporcionar acesso a conhecimentos e formar cidadãos críticos e conscientes, pois, considerando-se que a educação ambiental é uma atividade informal e formal, a escola necessita se preocupar em promover o desenvolvimento de conhecimentos, atitudes e habilidades precisas à preservação e melhoria da qualidade do meio ambiente.

Contudo, o reflexo de todo esse trabalho ambiental nas escolas transcende os muros escolares, atingindo a vizinhança, a região, o bairro e até mesmo o planeta, mas não é uma tarefa fácil, uma vez que algumas atividades incentivam ainda mais o consumo desnecessário, não abordando questões mais abrangentes e tampouco geram reflexões e mudanças de valores.

Por exemplo, mais uma vez, do que adiantaria ter distribuídos nas escolas diversos contêineres com cores vibrantes e diferentes se os alunos mal sabem o porquê disso? Então, além da educação ambiental, deve-se ter a ela vinculado a informação.

Uma informação muito importante com relação ao armazenamento de lixo em estabelecimentos, sejam eles casas,

restaurantes, entre outras, é que a maioria das pessoas utilizam sacos plásticos e o lixo é composto, basicamente, de papeis, vidros, plásticos, latas e inclusive pilhas e baterias que apresentam em sua essência metais considerados perigosos ao meio ambiente e à saúde humana, como cádmio, manganês, níquel, lítio, mercúrio, chumbo e cobre.

Contudo, entre esses metais perigosos, os que apresentam maiores riscos são o mercúrio, chumbo e cádmio, sendo estes depositados em frente aos estabelecimentos para ser recolhidos pelos órgãos públicos municipais.

Baseando-se na informação de que o maior conteúdo do lixo são os metais perigosos, far-se-á necessário um trabalho de conscientização com a população, esclarecendo a forma correta de descartar e separar os materiais colocados no lixo e o local destinado a eles.

Não há dúvidas das consequências que o lixo pode trazer à saúde humana e ao ambiente, portanto, necessita-se de uma mudança consciente na postura da sociedade para evitar tais consequências.

Entretanto, há uma preocupação enorme das áreas urbanas com relação à quantidade excessiva de lixo produzido pela população. Sendo que essa preocupação é algo desafiador para a máquina da administração pública, pois, além de gerar problemas relacionados ao âmbito social e à falta de espaço físico para os resíduos, deve ser também levado em consideração o meio ambiente e sua preservação. Afinal, adotar uma nova postura de educação ambiental, colocando os resíduos recicláveis nos locais devidos, não custa nada e promove ainda uma melhor qualidade de vida a todos, pois, além de diminuir a quantidade de lixos, contribui significativamente para a redução da extração de matérias-primas do meio ambiente.

Porém, tendo em vista que uma vida mais saudável não depende somente da política pública, mas também de toda a população, a Política Nacional do Meio Ambiente visa a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propicia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

O desenvolvimento sustentável e a educação ambiental devem andar de mãos dadas, como pilares em favor das mudanças dos paradigmas sociais, fazendo alianças entre relações dos humanos e a natureza.

Como alerta Leonardo Boff:

Na prática a sociedade deve mostrar-se capaz de assumir novos hábitos e de projetar um tipo de desenvolvimento que cultive o cuidado com os equilíbrios ecológicos e funcione dentro dos limites impostos pela natureza. Não significa voltar ao passado, mas oferecer um novo enfoque para o futuro comum. Não se trata simplesmente de não consumir, mas de consumir responsabilmente. (BOFF, 2001, p. 137)

3 QUADROS

RECICLÁVEIS	NÃO RECICLÁVEIS
<p>Folhas e aparas de papel Jornais Revistas Caixas Papelão Formulários de computador Cartolinas Cartões Envelopes Rascunhos escritos Fotocópias Folhetos Impressos em geral Tetra Pak</p>	<p>Adesivos Etiquetas Fita Crepe Papel carbono Fotografias Papel toalha Papel higiênico Papéis engordurados Metalizados Parafinados Plastificados Papel de fax</p>
<p>CUIDADOS ESPECIAIS: Devem estar secos, limpos (sem gordura, restos de comida, graxa), de preferência não amassados. As caixas de papelão devem estar desmontadas por uma questão de otimização do espaço no armazenamento.</p>	

Metal:

<p>RECICLÁVEIS Latas de alumínio Latas de aço: óleo, sardinha, molho de tomate. Ferragens Canos Esquadrias Arame</p>	<p>NÃO RECICLÁVEIS Clipes Grampos Esponja de aço Latas de tinta ou veneno Latas de combustível Pilhas Baterias</p>
<p>CUIDADOS ESPECIAIS: Devem estar limpos e, se possível, reduzidos a um menor volume (amassados).</p>	

Plástico:

<p>RECICLÁVEIS Tampas Potes de alimentos PET Garrafas de água mineral Recipientes de Limpeza Higiene PVC Sacos plásticos Brinquedos Baldes</p>	<p>NÃO RECICLÁVEIS Cabo de panela Tomadas Adesivos Espuma Teclados de computador Acrílicos</p> <hr/> <p>POSSIVELMENTE RECICLÁVEIS Isopor tem reciclagem em algumas localidades.</p>
<p>CUIDADOS ESPECIAIS: Potes e frascos limpos e sem resíduos para evitar animais transmissores de doenças próximo ao local de armazenamento.</p>	

Vidro:

<p>Recicláveis Potes de vidro Copos Garrafas Embalagens de molho Frascos de vidro</p>	<p>Não recicláveis Planos Espelhos Lâmpadas Cerâmicas Porcelanas Cristal Ampolas de medicamentos</p>
<p>Cuidados especiais: Devem estar limpos e sem resíduos. Podem estar inteiros ou quebrados. Se quebrados, devem ser embalados em papel grosso (jornal ou <i>craft</i>).</p>	

Qual é o tempo que esses materiais levam para se decompor?

Material	Tempo de decomposição
Papel	de 03 a 06 meses
Pano	de 06 meses a 01 ano
Filtro de cigarro	05 anos
Goma de mascar	05 anos
Madeira pintada	13 anos
Nylon	mais de 30 anos
Plástico	mais de 100 anos
Metal	mais de 100 anos
Borracha	tempo indeterminado
Vidro	indeterminado
Lata de Aço	50 anos
Garrafa plástica	450 anos
Copo plástico	50 anos
Lixo radioativo	250.000 anos

Caixa de papelão	02 meses
Lata de alumínio	200 anos
Linha de nylon	650 anos
Bóia de isopor	80 anos

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se concluir que, além da educação ambiental ser fundamental para formação do ser humano, ela serve também para um melhor incentivo à comunidade e para que se obtenham melhores resultados, com um alcance de maior amplitude, sendo capaz de trazer subsídios que aumentem a criticidade das pessoas. Contudo, tal acontecimento só será possível se estiver dentro de uma instituição que tenha docentes capacitados a criar situações para que os discentes pensem, reflitam e construam um pensamento sobre toda essa situação abordada.

Cabe ressaltar que a escola tem um papel importante no momento de difundir a ideia da importância do descarte seletivo e da coleta seletiva na cidade. Além das instituições escolares, há também a necessidade das campanhas educativas para engajar a sociedade como um todo para a participação ativa e efetiva na implantação e funcionamento de programas de coleta seletiva de resíduos sólidos, separando os recicláveis e/ou reutilizáveis diretamente na fonte de geração, como forma de neutralizar e minimizar os impactos negativos causados.

Com o passar dos anos, nasceu a necessidade de a educação ambiental fazer parte dos currículos escolares. Dentro dos planejamentos educacionais, começa-se a discutir com os discentes temas que façam analisar e associar a educação e o meio ambiente. Desse modo, constrói-se a relação entre de escola e percepção ambiental, com a ideia de que os discentes integram com meio ambiente, pois tudo é interligado nesse meio e todas as ações realizadas o afetam.

Sem dúvida, a educação ambiental é uma grande aliada em atividades educativas, pois é nela que os professores das escolas se

baseiam para identificar e apresentar problemas e soluções vividas no cotidiano.

Sendo assim, ela deveria fazer e tornar os discentes pessoas pensantes sobre os acontecimentos atuais e, é claro, do passado, que afetam o meio ambiente, para, a partir de tudo isso, tecer uma rede de informações e entender a causa da degradação ambiental nos dias de hoje.

Mas o que acontece muitas vezes é um descaso pelos acontecimentos, como, por exemplo, as atividades nobres em que os discentes saem com seus professores para plantar mudas em praças, parques, avenidas ou ruas, o que somente será válido se os mesmos realmente entenderem o real motivo de tal ato, demonstrando-se a verdadeira importância da árvore ser plantada naquele determinado lugar, onde, com outra e mais outra árvore plantadas, ajudará a área e o seu bem-estar, tornando assim a cidade em que vive mais saudável e arborizada e ajudará conseqüentemente a criar um ambiente melhor. Caso não seja demonstrado a importância de ser plantada a árvore, o ato nobre acaba por perder seu valor educativo, tornando-se tão somente um ato normal, a partir do qual o discente verá seu valor em plantar árvores, mas não entenderá o quanto sua atitude foi e é de grande valia ao meio ambiente como um todo.

Diante do fato de que o lixo ou resíduo fazem parte do nosso cotidiano, algumas escolas já utilizam os princípios da educação ambiental. No entanto, a atividade educativa tem por objetivo a promoção da conscientização das pessoas a respeito da crise ambiental e das alternativas, procurando despertar um comportamento mais ativo e consciente sobre tais questões, afinal, cada um desempenha um papel de corresponsável pelos problemas ambientais.

Porém, não somente as empresas necessitam adotar medidas urgentes de preservação, como também essas atitudes sustentáveis devem partir de atos individuais, como o uso de sacolas retornáveis ao invés de sacolas plásticas para as compras, já que o plástico demora em torno de 100 anos para se decompor no meio ambiente, além do fato de entupir bueiros e matar animais por asfixia; despejar óleo e outros compostos dessa natureza em locais que sejam adequados e não no meio ambiente; reciclar o lixo doméstico, etc.

Por conta de todos esses excessos que a humanidade tem praticado, tais como recursos hídricos usados como área de despejo para restos de nossas produções, como lixo e dejetos industriais, e as mudanças climáticas, sendo o clima outra vítima do descaso humano, devido à grande quantidade de gases poluentes lançados na atmosfera diariamente, a sustentabilidade ambiental passou a ser o objeto de várias estruturas sociais, sendo que algumas empresas já adotam alternativas, compulsoriamente ou incentivadas através de leis ambientais, visando conter o abuso ao meio ambiente, como a reciclagem de produtos e matérias-primas ou o uso de produtos menos agressivo ao ecossistema, entre outras práticas.

Todas essas são pequenas medidas e atitudes que contribuem para a preservação e conservação do planeta, diminuindo consideravelmente o impacto negativo sobre a natureza. Afinal, nós, seres humanos, devemos gerar uma sociedade sustentável, baseada no respeito pela vida no nosso lar, o planeta Terra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- ALMINO, João. **Naturezas mortas**: A filosofia política do ecologismo. 1ª ed. Brasília: Fundação de Gusmão, 1993.
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ANJOS, Maylta Brandão dos. **Educação ambiental na abordagem interdisciplinar**: Experiência do Colégio Cenecista Capitão Lemos Cunha. Rio de Janeiro: UFRJ, 1996.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.
- BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**: Ética do humano – compaixão pela Terra. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.
- CALDERONI, Sabetai. **Os bilhões perdidos no lixo**. São Paulo: Humanistas, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREA, Saionara Escobar de Oliveira. **O conhecimento da problemática ambiental do lixo na visão dos alunos de 5 a 8 séries em escolas municipais de Itaqui-RS.** Uruguaiana, PUC/RS. Monografia de Pós-Graduação em Educação. 2001.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRANCO, Maria de Assunção Ribeiro. **Planejamento ambiental para a cidade sustentável.** São Paulo: Annablume/FAPESP, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, José Rubens Morato (org). **Inovações em direito ambiental.** Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2000.

LEMOS, Jureth Couto; LIMA, Samuel do Carmo; ALVIM, Nei Marcos Caetano. Segregação de resíduos de serviços de saúde para reduzir os riscos à saúde pública e ao meio ambiente. **Bioscience Journal**, vol. 15, n. 02, Uberlândia, Universidade Federal de Uberlândia, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Admirativo.** 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental.** 3ª ed. São Paulo: Millennium, 2011.

OLIVEIRA, Walter Engracia de. **Resíduos sólidos e limpeza urbana.** São Paulo: USP/FSP/PNUD/OMS/OPS/PIPMO/MEC, 1973.

ONU. **Declaração de Estocolmo Sobre o Meio Ambiente.** 1972.

ONU. **Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.** 1992.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais:** Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PRIMACK, Richard B. & Rodrigues, Efraim. **Biologia da conservação.** Londrina, PR: Planta, 2001.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias:** Encarando o desafio dos direitos dos animais. Porto Alegre: Lugano, 2006.

RÊGO, Patrícia de Amorim. **Biodiversidade e reparação de benefícios.** Curitiba: Juruá, 2010.

SAVIANI, Demerval. **Pedagogia histórico-crítica:** Primeiras aproximações. 5ª ed. São Paulo: Autores Associados, 1995.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental.** 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

NUEVOS SUJETOS DE DERECHO NO HUMANOS, LA RESPUESTA DE COLOMBIA FRENTE A LA NECESIDAD DE REGULARLOS¹

Emily Tatiana Fernández Martín²

Julián Enrique Pinilla Malagón³

METODOLOGÍA

La metodología escogida fue de tipo analítica, de carácter descriptivo-exploratorio, la cual, a partir del análisis de la normatividad y jurisprudencia relevante en Colombia frente al ambiente y los animales, permiten identificar la respuesta que se ha tenido de regular a dichos sujetos no humanos.

¹ Capítulo resultado de investigación del Proyecto titulado “Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios”, perteneciente a la Línea de Investigación: “Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” con código COL0120899 con Categoría A1 de Colciencias y el cual, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas de la Universidad Católica de Colombia (CISJUC).

² Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia y miembro del semillero “Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos” de la Universidad Católica de Colombia.
Contacto: etfernandez85@ucatolica.edu.co

³ Abogado de la Corporación Universitaria Republicana, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Público de la Corporación Universitaria Republicana, Especialista en Docencia Universitaria de la Universidad El Bosque y Magister en Derecho la Universidad Sergio Arboleda. Contacto: jepinilla@ucatolica.edu.co

INTRODUCCIÓN

Históricamente el derecho se ha enfrentado al desafío de regular a sujetos no humanos, para lo cual ha tenido que acudir a la ficción jurídica. Como antecedente encontramos a las personas jurídicas que pesé a no ser humanos, con base en la idea de la fictio legis, de (Savigny, 1886), concepto con el que se hace referencia a sujetos artificialmente creados por la ley, después de un desarrollo doctrinario han sido creadas. Permitiendo partir de una doble categoría de sujetos de derecho: las personas naturales y las personas jurídicas, siendo las dos titulares de relaciones jurídicas.

Bajo este entendido puede entenderse el concepto de sujeto no humano de derecho como aquella ficción jurídica por medio de la cual se pretende que un ente históricamente considerado por el derecho como objeto del mismo, pueda considerarse como titular en las relaciones jurídicas.

Por otro lado y como fruto de la incorporación de derechos ambientales en las constituciones, ya sea por tratados internacionales por medio de la figura de bloque de constitucionalidad como de manera taxativa en el articulado constitucional, se ha debatido la consideración de si el ambiente debe regularse cómo un objeto o cómo un sujeto de derecho, atendiendo a la importancia que le representa a la supervivencia humana, ya que a lo largo de la historia se han creado regímenes especiales para personas que no están en pleno uso de sus facultades e incluso de seres no vivos en el caso del nasciturus y que puede fundamentarse en una ficción jurídica al igual que la persona jurídica de carácter sui generis al ser autónomo, no poder cuantificarlo, ni poder controlarse. (Querales Urdaneta, Urdaneta Falcón, & González, 2016)

Asimismo, otro sujeto no humano ha presentado importantes avances en cuanto a su regulación al ser considerado, en su mayoría jurisprudencialmente, como un sujeto de derechos, es el caso de los animales, que a lo largo de la historia se han considerado como cosas, simplemente pertenecientes al patrimonio de una persona.

Los avances enunciados con anterioridad no son ajenos a la normatividad colombiana, que en los últimos años ha regulado de diferente forma a los sujetos no humanos del ambiente y los animales, entendiendo la importancia que estos representan para el desarrollo del derecho.

Con la presente ponencia se pretende dar respuesta al problema de investigación de ¿Cuál ha sido la respuesta de Colombia frente la necesidad de regular a sujetos no humanos como sujetos de derecho?, para entender en mayor medida los desafíos que esto le representa para el futuro del derecho.

1 LA REGULACIÓN DEL AMBIENTE⁴ COMO SUJETO DE DERECHO NO HUMANO EN COLOMBIA

El ambiente como lo señala el (Departamento de Desarrollo Sostenible de la Secretaría General de la OEA, 2016) hace parte de los derechos colectivos⁵, estos derechos surgieron explícitamente en varias constituciones de la región, como es el caso de la Constitución colombiana de 1991, la Constitución argentina de 1994 y la Constitución ecuatoriana de 1998⁶.

Por otro lado, el reconocimiento del mismo como sujeto de derecho, surge del paradigma del derecho ambiental en el que se pasa de una visión antropocéntrica a una ecocéntrica⁷, en la que se protege como sujeto al ambiente y en donde incluso para protegerlo como derecho colectivo se pueden llegar a limitar ciertos derechos individuales.

Dicho paradigma se ha nutrido de las constituciones y legislaciones internas de cada Estado, pero a su vez de importantes Tratados Internacionales como la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano en Estocolmo⁸ de 1972, la Declaración de Río de 1982 y la Resolución 45 de 1994 de la

⁴ En la presente investigación se hará uso del concepto “ambiente” en mayor medida, que de “medio ambiente”, debido a que el primer concepto engloba mejor sus características como sujeto de derecho no humano.

⁵ En la Constitución Política de Colombia se encuentra la promulgación de los derechos fundamentales, colectivos y sociales; la autonomía y protección a las comunidades indígenas; la limitación de los Estados de excepción, y la división del poder. (Ramírez Montúfar & Noguera, 2017)

⁶ “De otra parte, en Europa se ha ido afirmando la idea de que es posible tutelar el derecho (fundamental y común) al ambiente (...)” (Tovani, 2014)

⁷ Existen tres visiones frente al derecho ambiental, (a) una visión antropocéntrica, en la que importa la supervivencia del ser humano, motivo por el cual debe protegerse el ambiente, (b) una visión biocéntrica, en la que se considera que el ambiente también pertenece a las generaciones venideras, y (c) una visión ecocéntrica, en la que es el hombre el que pertenece a la tierra.

⁸ La Declaración de Estocolmo, además de referirse frente a la protección del ambiente, también lo hace frente a la fauna, siendo uno de los argumentos utilizados por quienes consideran que los animales también deben ser considerados como sujetos de derecho.

Asamblea General de las Naciones Unidas, que han desarrollado el concepto de una “Constitución Ecológica”.

Por lo que debe entenderse que la Constitución Política de 1991 posee cuatro características, es económica al consagrar los derechos al trabajo, la propiedad y la empresa, es social, es cultural y es ecológica al brindar protección a las reservas forestales y al medio ambiente.

En Colombia el derecho a un ambiente sano, está consagrado en la Constitución Política en su artículo 79, al enunciar que

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ha considerado que se infiere que el medio ambiente es un derecho constitucional fundamental para el hombre, pues sin éste, el derecho a la vida perdería vigencia.

Por otro lado, dadas las características del Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1° de la Carta Política, se le ha brindado un carácter de interés superior, basado en una doble dimensión: (a) proteger de forma integral el medio ambiente y (b) garantizar un modelo de desarrollo sostenible. Entendiendo el desarrollo sostenible como “aquel que es capaz de satisfacer las necesidades actuales, sin comprometer las posibilidades de las futuras generaciones” (Vallejo Almeida, 2016)

Su tratamiento como sujeto de derecho en cuanto a los tratados internacionales que sobre este tema versan, se dio desde la ratificación del Tratado de Cooperación Amazónica firmado en Brasilia el 3 de julio de 1978 y han sido diversos; pese a lo anterior, la jurisprudencia optó por tomar una postura conservadora frente al tema hasta jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional.

Un ejemplo de ello, es el caso de la Sentencia T-622 de 2016, que versa sobre una acción de tutela interpuesta por el Centro de Estudios para la Justicia Social “Tierra Digna”, debido a la

contaminación sufrida por el Río Atrato como consecuencia de actividades ilegales de explotación forestal y extracción minera⁹, esta última en dos formas, la forma aluvial, que se refiere a la extracción directa de metales del lecho de los ríos, por medio de dragas de succión y la aplicación de mercurio; y la forma de minería de veta a cielo abierto, haciendo uso de retroexcavadoras, lo que implica la vulneración los derechos fundamentales a la vida, la salud, el agua, la seguridad alimentaria, el medio ambiente sano, la cultura y el territorio de las comunidades étnicas.

La Corte Constitucional por medio de providencia reconoció al río Atrato, uno de los más importantes y caudalosos ríos de Colombia, y a su cuenca y afluentes como sujetos de derecho, lo que se traduce en que es obligatoria su protección, conservación, mantenimiento y restauración, estando a cargo de esto el Estado y las comunidades étnicas que permanecen en la zona.

Del mismo modo enunció frente al tema que:

(...) el desafío más grande que tiene el constitucionalismo contemporáneo en materia ambiental, consiste en lograr la salvaguarda y protección efectiva de la naturaleza, las culturas y formas de vida asociadas a ella y la biodiversidad, no por la simple utilidad material, genética o productiva que estos puedan representar para el ser humano, sino porque al tratarse de una entidad viviente compuesta por otras múltiples formas de vida y representaciones culturales, son sujetos de derechos individualizables, lo que los convierte en un nuevo imperativo de protección integral y respeto por parte de los Estados y las sociedades. (Sentencia T-622, 2016)

En el caso en concreto, para poder implementar la ficción jurídica y que el río fuese considerado como sujeto de derecho, se nombró como representante del río Atrato al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenibles.

La Corte Constitucional citó otras sentencias relevantes para el tema, por medio de las cuales argumento su decisión, dado que han reconocido al ambiente como sujeto de derecho. Es el caso de la Sentencia C-595/2010, en donde la Corte Constitucional consideró al

⁹ Cuando esta actividad es ilícita, contribuye al surgimiento o a la expansión de problemas comunes desestabilizadores de la seguridad y convivencia ciudadana y contribuye al quebrantamiento de la integridad de las poblaciones que habitan este territorio minero. (Echeverry Osorio, 2016)

ambiente como un bien a proteger por sí mismo y su relación estrecha con los seres que habitan la tierra. A su vez, también hace alusión a la Sentencia C-632/2010, en la que concibe a la naturaleza no sólo como el ambiente y entorno de los seres humanos, sino como un sujeto con derechos propios, que deben protegerse y garantizarse.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se evidencia que, por medio de la jurisprudencia, el ambiente ha adquirido otra dimensión en la que ya no es solo un derecho o un bien, sino que también es un sujeto de derecho, en el entendido de que la humanidad siendo posterior, lo ha afectado y sigue afectando de manera considerable, y buscando que se pongan en práctica las herramientas necesarias para su conservación.

2 LA REGULACIÓN DE LOS ANIMALES COMO SUJETOS U OBJETOS DE DERECHO NO HUMANOS EN COLOMBIA

En cuanto a la regulación de los animales como sujetos de derecho no humanos, que en diferentes ámbitos ha sido llamado como derecho animal, animal law o animal rights¹⁰ debe tenerse en cuenta que tanto en tratados como en jurisprudencia internacional, los animales han dejado de ser considerados por el derecho como meras cosas y en cambio, se han incorporado los conceptos de seres sensibles o sintientes.

2.1 LOS AVANCES EN MATERIA DE PROTECCIÓN ANIMAL

Un precedente importante en materia de protección animal dada su característica de norma de rango constitucional en el Derecho europeo es el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su artículo 13 consagra que:

Al formular y aplicar las políticas de la Unión en materia de agricultura, pesca, transporte, mercado interior, investigación y desarrollo tecnológico y espacio, la Unión y los Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias en materia de bienestar de los animales como seres sensibles, respetando al mismo tiempo las disposiciones legales o administrativas y las costumbres de los Estados

¹⁰ Teoría que defiende el autor Tom Regan en su libro “El caso de los derechos de los animales” de 1983, al considerar que los animales son “sujetos de vida” al igual que los humanos y por lo tanto tienen derechos morales.

miembros relativas, en particular, a ritos religiosos, tradiciones culturales y patrimonio regional. (Diario Oficial de la Unión Europea, 2010)

En este caso, puede evidenciarse de manera clara una problemática siendo esta que los jueces no suelen tener en cuenta estas disposiciones a la hora proferir sus fallos, por desconocimiento en su gran mayoría a causa de la complejidad del tratado. Con respecto a lo cual el docente (Alonso, 2015) considera que “El desconocimiento del texto mismo del artículo 13 TFUE puede considerarse, desde la perspectiva de la sociología del Derecho, un ejemplo claro de esta “ceguera”.

La situación no ha sido muy diferente en los países sudamericanos, en los que la jurisprudencia ha sido tímida en su gran mayoría con la adopción de un concepto tan novedoso para el derecho como lo es, dejar de considerar a los animales como cosas para considerarlos como sujetos de derecho no humanos.

En cuanto a la normatividad internacional destaca la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, aprobada en 1978 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que considera que todo animal posee derechos y que desconocer y despreciar dichos derechos han conducido y siguen conduciendo al hombre a cometer crímenes contra la naturaleza y los animales. (Trujillo Cabrera, 2010)

De acuerdo a lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el caso colombiano se han desarrollado los conceptos por medio de la legislación interna y de la jurisprudencia, siendo muy importantes las leyes que se han promulgado en favor de los animales, es el caso de la Ley 84 de 1989, denominada como el “Estatuto Nacional de Protección Animal”, que tiene por objeto impedir el maltrato animal e impedir que puedan verse afectados por actividades humanas.

Del mismo modo, destaca la Ley 1774 de 2016, en la que se establece que los animales son seres sintientes y no simples cosas como eran entendidos por el derecho anteriormente. Se estipulan en el Código Civil de 1887 en su artículo 655, a los animales como bienes muebles. Cabe resaltar que no dejan de ser un bien inmueble para la legislación, pero agregarles la característica de seres sintientes tiene grandes implicaciones para su protección.

Por medio del concepto de “seres sintientes” los animales adquieren protección contra el sufrimiento y el dolor, en especial, en los casos en que el ser humano lo ocasiona, por lo que toda conducta relacionada con el maltrato animal es una conducta punible. Lo que conlleva a que los animales sean bienes diferenciados en el ordenamiento jurídico.

Si bien por medio de la Ley 1774 de 2016, Colombia se convirtió en el primer país latinoamericano en reconocer a los animales en el Código Civil como seres sintientes; el primer código en el que se consagró fue el Código Civil austriaco en 1988 con la diferencia de que los animales en dicho código son definidos como “no son cosas”, dándose una definición negativa, lo que es duramente criticado.

El reconocimiento de los animales como seres sintientes permite que la legislación avance de manera más efectiva en combatir el maltrato animal, por lo que surgen como consecuencia, también contemplada en la Ley 1774, los “Delitos contra la vida, la integridad física y emocional de los animales” del artículo 339 A del Código Penal colombiano, indicando que:

Artículo 339A. El que, por cualquier medio o procedimiento maltrate a un animal doméstico, amansado, silvestre vertebrado o exótico vertebrado, causándole la muerte o lesiones que menoscaben gravemente su salud o integridad física, incurrirá en pena de prisión de doce (12) a treinta y seis (36) meses, e inhabilidad especial de uno (1) a tres (3) años para el ejercicio de profesión, oficio, comercio o tenencia que tenga relación con los animales y multa de cinco (5) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Para el entendimiento de este delito, no se considera el maltrato psíquico animal puesto que es un delito de resultado, siendo necesario que se produzcan lesiones físicas o la muerte del animal. (Contreras, 2016)

Sin perjuicio de lo anterior, existen excepciones frente al régimen de protección animal, ya que el Estatuto Nacional de Protección de los Animales (Ley 84 de 1989) en su artículo 7°, abre las puertas para el desarrollo de actividades que implican maltrato animal como las corridas de toros, las novilladas, las corralejas, las becerradas, tientas y las riñas de gallos.

En lo referente a los animales de producción, las prácticas con estos animales serán excluidas siempre que se respeten los principios contemplados en la Ley 1774, siendo estos:

1. Protección animal: Un trato con respeto, la solidaridad, la compasión, la ética, la justicia, el cuidado, la prevención del sufrimiento, la erradicación del cautiverio y el abandono, así como de cualquier forma de abuso, maltrato, violencia, y trato cruel.
2. Bienestar animal: Consistente en que el responsable del cuidado o tenedor del animal deberá como mínimo asegurar que, no sufran hambre ni sed, no sufran injustificadamente malestar físico ni dolor, no les sean provocadas enfermedades por negligencia o descuido, no sean sometidos a condiciones de miedo ni estrés y puedan manifestar su comportamiento natural.
3. Solidaridad social: Lo que significa que el Estado y la sociedad tienen la obligación de asistir y proteger a los animales con acciones diligentes ante situaciones que pongan en peligro su vida, su salud o su integridad física.

Por otro lado, la jurisprudencia también se ha pronunciado frente a los animales como seres sintientes, pero ha sido enfática en considerar que no son sujetos de derecho no humanos, como se puede extraer de la Sentencia T-095/2016 de la Corte Constitucional, al indicar que

(...) es improcedente la acción de tutela para la protección de bienestar animal, porque aunque exista un deber constitucional de protección de éste, no se extrae la existencia de un derecho fundamental en cabeza de los animales, ni su exigibilidad por medio de la acción de tutela, al tratarse de un interés difuso, no individualizable (...) (Sentencia T-095, 2016)

Es decir, que los animales no pueden considerarse como titulares de derechos fundamentales y bajo ese entendido no pueden interponerse acciones de tutela en búsqueda de su protección.

2.2 LA RELACIÓN ENTRE EL AMBIENTE COMO SUJETO DE DERECHO NO HUMANO Y LOS ANIMALES

La Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, por medio de la cual se logró que el ambiente fuese visto como un tema de relevancia internacional, declaró como segundo principio que:

Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la **fauna** y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación y ordenación, según convenga. (Negrilla y subrayado por fuera de texto) (Naciones Unidas, 1972)

La inclusión de la fauna como parte del ecosistema se traduce en el deber de los Estados parte para adelantar actividades en su beneficio, tanto así que es considerada como uno de los componentes básicos de la biodiversidad, pensamiento que ha permitido avanzar entorno a su conservación. (Ullola, 2012)

En este sentido, la Corte Constitucional por medio de su jurisprudencia, se ha pronunciado en referencia a la protección animal, de la siguiente manera

Del concepto de medio ambiente, del deber de protección de la diversidad de flora y fauna y su integridad, de la protección a los recursos y del valor de la dignidad humana como el fundamento de las relaciones entre los seres humanos y estos con la naturaleza y los seres sintientes; se puede extraer un deber constitucional de protección del bienestar animal que encuentra su fundamento igualmente del principio de la solidaridad. (Sentencia T-095, 2016)

En consecuencia, al incluirse por medio de la fauna a los animales en la protección del ambiente, con el objeto de mantener el equilibrio de las especies que hacen parte de la biodiversidad, los animales que se encuentren inmersos dentro del concepto de fauna deberían tener la misma protección y tratamiento jurídico que se le ha brindado al ambiente, siendo necesario que estos también deban ser considerados como sujetos de derecho no humanos, al tener en cuenta como se expuso en apartes anteriores que, por medio de la

jurisprudencia se ha utilizado esta ficción jurídica para referirse al ambiente.

Sin perjuicio de lo anterior, es bastante reconocido un caso judicial en Colombia, por la controversia que en el ámbito jurídico suscitó, es el denominado popularmente como “Caso del Oso Chucho”, dado que, por medio de una providencia dictada por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia del 26 de julio de 2017, se le concedió protección a un oso de anteojos¹¹, protección invocada por vía de hábeas corpus, para evitar que fuese trasladado a un zoológico en el que por tener condiciones diferentes a las que el oso se había acostumbrado durante su vida como el clima, posiblemente se podía ver afectada su salud.

En dicha providencia se consideró al oso “Chucho” como sujeto de derecho sintiente no humano, en el sentido de que los animales (...) tienen prerrogativas en su condición de fauna protegida a la salvaguarda por virtud de la biodiversidad y del equilibrio natural de las especies, y especialmente la de naturaleza silvestre. (Sentencia N° 170001-22-13-000-2017-00468-02, 2017)

Frente a esto, en la providencia se aclara que la protección de los animales en este sentido no supone el otorgamiento de derechos humanos, puesto que las causas, contenidos y finalidades son diferentes, siendo necesario para el entendimiento de los seres sintientes no humanos, que sean tomados como una contribución al equilibrio ecológico que busca garantizar la Constitución Política, bajo el presupuesto de que ha sido considerada como una constitución ecológica.

Sin embargo, la decisión fue contraria por parte del mismo Tribunal en la Sala de Casación Laboral, el día 16 de agosto de 2017, puesto que decidió sobre una tutela interpuesta en contra del fallo que confirmó la protección, en la mencionada providencia se revocó la anterior decisión al considerar que el hábeas corpus es un mecanismo que protege la libertad de los individuos y que de ello quedan excluidos los animales, por lo que no es el mecanismo procedente. (Sentencia N° 47924, 2017)

¹¹ Su nombre científico es “*tremarctos ornatus*” y es una especie mamífera vulnerable y en vía de extinción según lo estableció la Resolución 192 de 10 de febrero 2014 expedida por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de acuerdo con la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna Silvestre, aprobada por Colombia mediante Ley 71 de 1981.

Teniendo en cuenta lo anterior y pese a los avances que el derecho animal ha significado en Colombia, la legislación y la jurisprudencia aún no contemplan la posibilidad de que los animales tengan el tratamiento como sujetos de derecho no humanos, a diferencia de otros países como Argentina en la que por medio de una sentencia, en un caso similar al del Oso “Chucho”, por medio de jurisprudencia se le reconoció a una orangutana llamada “Sandra” como “un sujeto no humano titular de derechos fundamentales”¹², entendiéndose que al ser titular de derechos, estos se ven violados con el cautiverio y la exhibición.

Pero como se señaló anteriormente, la consideración del ambiente como sujeto de derecho no humano abre las puertas a los animales para que puedan ser considerados como tales, en el entendido que la jurisprudencia se ha pronunciado equiparando el tratamiento de estos dos sujetos no humanos, manifestando que “(...) del interés superior de protección del medio ambiente y a la fauna, surge un deber de resguardo de los animales contra el padecimiento, el maltrato y la crueldad” (Sentencia T-622, 2016)

Siendo necesario, que el derecho animal logró un desarrollo tanto doctrinario como legislativo y jurisprudencial más profundo para que los animales puedan ser considerados como sujetos de derecho no humanos en Colombia, entendiéndose que esa consideración representa un precedente de gran relevancia.

2.3 LOS DESAFÍOS QUE REPRESENTA LA REGULACIÓN DE SUJETOS NO HUMANOS COMO SUJETOS DE DERECHO.

Las respuestas que ha brindado Colombia frente a la necesidad que ha representado la regulación de sujetos de derecho no humanos dan cuenta de diversos desafíos encontrando uno claro y es que si bien son muchos los países que han suscrito tratados internacionales en los que se reconocen como sujetos de derecho, no necesariamente la jurisprudencia ha adoptado a cabalidad esta concepción, encontrando aun pronunciamientos de jueces que entienden al ambiente como objeto de derecho y no como sujeto, y a

¹² En diciembre de 2016, la Cámara de Apelaciones Penal, correccional y de faltas, Sala III de Buenos Aires dicta resolución, en la que contempla que, deben admitirse las acciones de los hombres que persigan la defensa de la diversidad, basándose entre otros en el principio 10 de la Declaración de Río de Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.

su vez, poco desarrollo en las legislaciones internas y la doctrina con respecto al derecho animal.

Pero más allá de dicho problema traducido en la aplicación de la normatividad, encontramos la posibilidad de que, en el futuro, lo que hoy consideramos indiscutiblemente como un objeto de derecho pueda convertirse en un sujeto de derecho.

El siglo XXI se configura como el escenario propicio para replantear el orden legal (desde sus cimientos, instituciones, categorías y necesidades) que demandan los ciudadanos de los complejos conjuntos sociales, en donde la presencia, la necesidad y la existencia se vive en gran medida en las redes sociales. (Carreño, 2016)

Al contemplar los grandes avances tecnológicos de la actualidad, lo que en un momento pudo considerarse como imposible ha traspasado las barreras y se ha convertido en posible, permitiendo que la inteligencia artificial sea un tema relevante para el derecho.

Siendo objeto de debate la titularidad de las personas jurídicas y la responsabilidad social corporativa en los ambientes virtuales, la creación de sujetos en el Internet mediante la responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) experiencias exclusivas del mundo virtual e incluso la creación de recursos digitales o dinero en la red. (Becerra, 2015)

Como un intento para dar respuesta a los avances en materia tecnológica, el 27 de enero de 2017 el Parlamento Europeo por medio de la Comisión de Asuntos Jurídicos en las recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, se pronunció frente al tema, resaltando que “cuanto más autónomos sean los robots, más difícil será considerarlos simples instrumentos en manos de otros agentes (como el fabricante, el operador, el propietario, el usuario, etc.)”. (Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo, 2017)

En concordancia, solicitó contemplar la creación de una personalidad específica para los robots, para que como mínimo los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, con la posibilidad de aplicar una personalidad electrónica en los

casos en que robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros independientemente.

Respecto a la inteligencia artificial (Chakraborty, 2018) señala que ninguna organización ha formulado un conjunto de reglas o marcos para su desarrollo, contrario a lo que si pasa en cuanto al control de los Derechos Humanos¹³, y que la inteligencia artificial de llegar a ser restringida podría acarrear como consecuencia una limitación a los humanos para el desarrollo de una nueva era tecnológica. Mientras que, “los derechos fundamentales no solo se encuentran en el espacio constitucional de los Estados. Paulatinamente han adquirido importancia internacional y son las mismas organizaciones supraestatales y supranacionales las que han determinado la exigencia de cumplir a plenitud con estos derechos” (Velasco Cano & Vladimir Llano, 2016)

El panorama se vislumbra bastante complejo cuando ingresamos la inteligencia artificial a la discusión sobre la regulación de los sujetos de derecho no humanos, es por ello que es de suma importancia dejar sentadas las bases sobre cómo los Estados han dado respuesta a la necesidad de regular como sujetos de derecho a sujetos no humanos. Lo anterior con ánimos de desarrollar claridades entorno a lo que es necesario para ser considerado como tal y que tan válido podría serlo, si tenemos en cuenta que la inteligencia artificial es una invención del ser humano.

Pese a que podemos encontrar puntos en común frente al ambiente y los animales en relación a si son considerados como sujetos de derecho o no, es necesaria una profundización acerca de dichas implicaciones por medio de pactos internacionales, en especial en el caso de los animales pues la regulación frente a este tema no ha alcanzado el mismo desarrollo que si se ha logrado en el derecho ambiental.

Para finalizar, no debe olvidarse que nos encontramos en un mundo globalizado¹⁴, de constante cambio a causa de los desarrollos tecnológicos, tarde o temprano se deberá responder a la necesidad

¹³ “el desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el Derecho interno puede tener un impacto significativo y trascender a las instancias internacionales para contribuir al desarrollo de la protección de los derechos humanos” (Woolcott Oyague, 2017)

¹⁴ “El proceso de globalización ha sido una característica inherente a la posguerra de la guerra Fría sin división del mundo en bloques diferenciados, el camino hacia la interrelación de las economías y sociedades ha avanzado a pasos agigantados” (Carvajal, 2015)

de regular la inteligencia artificial, momento en el que será necesario haber estudiado todas aquellas consecuencias de que sea considerado como sujeto de derecho o no.

CONCLUSIONES

Podemos concluir que, la regulación del ambiente en Colombia ha tenido un gran desarrollo, gracias a los tratados internacionales suscritos y a las leyes que buscan proteger el ambiente. Sin embargo, la mirada frente a que es el ambiente cambia sustancialmente gracias a la jurisprudencia reciente de la Corte Constitucional, que pasa de simplemente buscar proteger recursos naturales importantes y necesarios para la supervivencia humana, a darle el carácter de sujeto de derecho, entendiendo al ser humano como un animal más en el ambiente.

Gracias a lo cual podemos identificar que las decisiones jurisprudenciales que se toman frente a estos temas son esenciales pues son precisamente las que permiten la aplicabilidad de aquellos pactos tanto nacionales como internacionales frente a los que ha versado este tema.

En cuanto a los animales, estos recientemente han sido denominados como sujetos de derecho no humanos en países como Argentina, pero en Colombia, como consecuencia del escaso desarrollo de lo que se empieza a nombrar como el derecho animal, aún no se considera como sujeto de derecho no humano, con la posibilidad que aquellos considerados como fauna puedan llegar a adquirir el mismo tratamiento jurídico que en este sentido a logrado el ambiente entendiendo que hacen parte de la biodiversidad.

Sin ánimos de dejar de lado el avance tan importante que ha implicado la promulgación de la Ley 1774 de 2016 en materia de protección animal para evitar y sancionar el maltrato animal, entendiendo el daño que el ser humano le ha provocado como inicialmente ocurrió con el ambiente.

Por otro lado, se presentan un desafío muy importante en cuanto a la regulación de estos sujetos no humanos como sujetos de derecho, ya que algunos estudiosos han considerado poner en discusión la posibilidad de brindar una categoría especial a robots que logren un grado de autonomía en sus acciones.

Para finalizar los desafíos son muchos, en cuanto a las implicaciones de considerar a los sujetos no humanos como sujetos de derecho, a la aplicación de los pactos internacionales por parte de los jueces y a la aparición de otros sujetos no humanos que pueden requerir una regulación especial; es por ello que, siendo conscientes de la importancia del tema, la comunidad académica debe posar sus ojos sobre futuras posibilidades, eventos a los que el derecho tendrá que salir para dar una respuesta adecuada.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso, E. (2015). El artículo 13 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: Los animales como seres <<sensibles [sentientes]>> a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En T. Giménez-Candela, *Animales y derecho/Animals and the law*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Becerra, J. (2015). Responsabilidad del Estado, derechos y TIC. En J. Becerra, *La responsabilidad del Estado por la utilización de tecnologías de la información y la comunicación* (pág. 23). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Carreño, D. (2016). *Pensar el derecho como derecho virtual*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Carvajal, J. E. (2015). *Derecho, seguridad y globalización*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Chakraborty, S. (2018). Artificial intelligence and human rights: Are they convergent or parallel to each other? *NovumJus*.

Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo. (27 de Enero de 2017). Informe de recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica,. Obtenido de <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0005+0+DOC+XML+V0//ES>

Contreras, C. (Marzo de 2016). COLOMBIA: ANIMALES COMO SERES SINTIENTES. *Derecho Animal*, 1-21. Obtenido de <http://revistes.uab.cat/da/article/viewFile/v7-n1-contreras/45>

Departamento de Desarrollo Sostenible de la Secretaría General de la OEA. (2016). Programa Interamericano de Capacitación Judicial sobre el Estado de Derecho Ambiental. Recuperado el 2 de Julio de 2018, de OAS: http://www.oas.org/es/sedi/dsd/publicaciones/Judicial-Modulo_I.pdf

Diario Oficial de la Unión Europea. (30 de marzo de 2010). Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Obtenido de <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf>

Echeverry Osorio, D. L. (2016). Minería aurífera ilegal en el resguardo indígena Alto Andágueda. *Novum Jus*, 137.

Naciones Unidas. (1972). Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente humano. Estocolmo: <https://www.dipublico.org/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencia-de-las-naciones-unidas-sobre-el-medio-humano-estocolmo-5-a-16-de-junio-de-1972/>. Obtenido de <https://www.dipublico.org/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencia-de-las-naciones-unidas-sobre-el-medio-humano-estocolmo-5-a-16-de-junio-de-1972/>

Querales Urdaneta, L., Urdaneta Falcón, B., & González, J. (2016). El medio ambiente como objeto o sujeto de derechos en el ordenamiento jurídico venezolano / The environment as subject or object of rights in the Venezuelan legal system. *Cuestiones Jurídicas*, X(1), 81-100.

Ramírez Montúfar, Á. H., & Noguera, D. L. (2017). Garantía de los derechos constitucionales de los pueblos indígenas en el multinacionalismo. *Novum Jus*, 19-51.

Sentencia N° 170001-22-13-000-2017-00468-02, AHC 4806-2017 (Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia 26 de Julio de 2017).

Sentencia N° 47924, STL12651-2017 (Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia 16 de Agosto de 2017).

Sentencia T-095 (Corte Constitucional 2016).

Sentencia T-095, Corte Constitucional (M.P. Alejandro Linares Cantillo 25 de Febrero de 2016).

Sentencia T-622, T-622/2016 (Corte Constitucional 10 de Noviembre de 2016).

Tovani, F. (2014). La protección del ambiente como límite al derecho de propiedad en Italia. *Novum Jus*, 8 (1), 61-76.

Trujillo Cabrera, J. (2010). Legislación en defensa de los animales. *Verba Iuris*, 121-130.

Ullola, J. (2012). ¿Por qué debemos conservar la fauna silvestre? *Spei Domus*, 8(17):66-69.

Vallejo Almeida, G. (2016). La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado. En J. Cubides Cárdenas, J. E. Pinilla Malagón, J. Torres Ávila, & G. Vallejo Almeida, *Derecho público en el siglo XXI : regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos*. (pág. 25). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Velasco Cano, N., & Vladimir Llano, J. (2016). Derechos fundamentales: un debate desde la argumentación jurídica, el garantismo y el comunitarismo. *Novum Jus*, 10(2), 40.

Woolcott Oyague, O. (2017). El daño al proyecto de vida: una categoría autónoma y necesaria. En Ó. A. Agudelo, *Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte* (pág. 77). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

A CONVENÇÃO DE RAMSAR E A DECRETAÇÃO DA APA-CIP COMO SÍTIO RAMSAR

Silmara Veiga de Souza¹

Iltton Garcia da Costa²

1 A CONVENÇÃO DE RAMSAR E A INCORPORAÇÃO DO TRATADO PELO BRASIL

No passado zonas úmidas, tal como manguezais, eram de certa forma ecossistemas desprezados, com o passar do tempo percebeu-se que estes ecossistemas fornecem serviços ecológicos fundamentais para as espécies de fauna e flora e para o bem-estar de populações humanas.

Atualmente, conservar os manguezais significa garantir os serviços ambientais prestados gratuitamente por esse ecossistema, tais como retenção de sedimentos, proteção da linha de costa, berçário de espécies animais marinhos e dulcícolas, regulação do clima, entre outros³.

De acordo com o Ministério do Meio Ambiente (MMA), essas áreas:

¹ Advogada. Mestre em Direito Ambiental pela UNISANTOS, doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela UNISANTOS. E-mail: silmara.veiga@gmail.com

² Professor do Programa *Stritu Sensu* de Doutorado e Mestrado da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Mestre em Administração, Matemático, Advogado. Líder do Grupo de Investigação/Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS. E-mail: iltongcosta@gmail.com

³ Duke, N.C.; Meynecke, J.-O.; Dittmann, A.M.; Ellison, A.M.; Aanger, K.; Berger, U.; Cannicci, S.; Diele, K.; Ewel, K.C.; Field, C.D.; Koedam, N.; Lee, S.Y.; Marchand, C.; Nordhaus, I.; Dahdouh-Guebas, F., 2007. A world without mangroves? Science, 317: 41-42.

Além de regular o regime hídrico de vastas regiões, (...) funcionam como fonte de biodiversidade em todos os níveis, cumprindo, ainda, papel relevante de caráter econômico, cultural e recreativo. Ao mesmo tempo, atendem necessidades de água e alimentação para uma ampla variedade de espécies e para comunidades humanas, rurais e urbanas⁴.

Nesse sentido, buscando-se a proteção desses ecossistemas fundamentais, foi estabelecida a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, mais conhecida como Convenção de Ramsar em fevereiro de 1971, na cidade iraniana de Ramsar, e está em vigor desde 21 de dezembro de 1975⁵.

A Convenção foi criada inicialmente a fim de proteger os habitats aquáticos importantes para a conservação de aves migratórias, por isso foi denominada de "Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como Habitat para Aves Aquáticas", e com o passar do tempo ampliou sua preocupação com as demais áreas úmidas de modo a promover sua conservação e uso sustentável, bem como o bem-estar das populações humanas que delas dependem⁶.

Nos anos 80 ganhou uma abordagem mais abrangente: a importância das áreas úmidas para a manutenção da diversidade de espécies e relevância para o bem-estar das populações humanas; já na Conferência das Partes em 2002 (COP 8 em Valência na Espanha) enfatizou-se o uso sustentável das zonas úmidas; e na COP 10 na Coreia em 2008 buscou-se uma maior integração com as demais convenções⁷.

⁴ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Áreas Úmidas - Convenção de Ramsar. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zonas-umidas-convencao-de-ramsar>. Acesso em 10 mar 2018.

⁵ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Áreas Úmidas - Convenção de Ramsar. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zonas-umidas-convencao-de-ramsar>. Acesso em 10 mar 2018.

⁶ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Áreas Úmidas - Convenção de Ramsar. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zonas-umidas-convencao-de-ramsar>. Acesso em 10 mar 2018.

⁷ PRATES, Ana Paula Leite. Convenção de Ramsar. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Gerência de Biodiversidade Aquática e Recursos Pesqueiros. Disponível em:

Assim os pilares sobre os quais se fundamenta a Convenção são a Lista de Sítios Ramsar (artigo 2.1), a Cooperação Internacional (artigo 2.6), e o Uso racional/sustentável (artigo 3).

As zonas úmidas após o reconhecimento e serem incluídas na Lista passam a ser objeto de compromissos a serem cumpridos pelo país contratante e, ao mesmo tempo, a ter acesso a benefícios decorrentes dessa condição (financiamentos). Interessante destacar quanto a estrutura política deste tratado, ele está sob a responsabilidade não da ONU diretamente, mas sim da União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN), um secretariado independente que responde diretamente as partes contratantes; e além disso, a Convenção não faz parte do sistema de tratados internacionais coordenados pela ONU, nem está subordinada a alguma de suas agências, mas atua em cooperação com alguns desses tratados, como a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)⁸.

O Brasil aprovou a Convenção pelo Congresso Nacional em 16 de junho de 1992, por meio do Decreto Legislativo no 33; depositou a Carta de Ratificação em maio de 1993, e ela foi promulgada pelo Decreto nº 1.905/96⁹.

O tratado incorporado no ordenamento pátrio traz marcos para ações nacionais e cooperação internacional no sentido de conservar e proteger as áreas úmidas no mundo todo, reconhecendo a interdependência do homem e do seu ambiente; considerando as funções ecológicas fundamentais das zonas úmidas enquanto reguladoras dos regimes de água e enquanto habitadas de um flora e fauna características, especialmente de aves aquáticas; reconhecendo que as zonas úmidas constituem um recurso de grande valor econômicos, cultural, científico e recreativo, cuja perda seria irreparável; a fim de pôr termo, atual e futuramente, à progressiva invasão e perda de zonas úmidas; considerando as

http://www.mma.gov.br/estruturas/205/_arquivos/convencao_ramsar_205.pdf.

Acesso em 10 mar 2018.

⁸ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Instrumentos da Convenção de Ramsar. Disponível em:

<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zonas-umidas-convencao-de-ramsar/instrumentos-da-conven%C3%A7%C3%A3o-de-ramsar>.

Acesso em 10 mar 2018.

⁹ BRASIL. Decreto nº 1.905/96. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm. Acesso em 10 mar 2018.

funções ecológicas fundamentais das zonas úmidas enquanto reguladoras dos regimes de água e enquanto habitats de uma flora e fauna características, especialmente de aves aquáticas; consciente de que as zonas úmidas constituem um recurso de grande valor econômico, cultural, científico e recreativo, cuja perda seria irreparável; reconhecendo que as aves aquáticas nas suas migrações periódicas podem atravessar fronteiras e portanto devem ser consideradas como um recurso internacional; e com a confiança de que a conservação de zonas úmidas, da sua flora e da sua fauna poder ser assegurada como políticas internacionais conjuntas de longo alcance, através de uma ação internacional coordenada¹⁰.

O artigo 1 da Convenção define que zonas úmidas são áreas de pântano, charco, turfa ou água, natural ou artificial, permanente ou temporária, com água estagnada ou corrente, doce, salobra ou salgada, incluindo áreas de água marítima com menos de seis metros de profundidade na maré baixa, e as aves aquáticas são pássaros ecológicamente dependentes de zonas úmidas¹¹.

A Convenção traz este conceito genérico acerca de áreas úmidas e estimula que os países o adaptem às suas particularidades. Dessa forma o Comitê Nacional de Zonas Úmidas, CNZU, por meio da Recomendação n. 7/2015 fez a conceituação de áreas úmidas e extensão de áreas úmidas da seguinte forma¹²:

Áreas Úmidas são ecossistemas na interface entre ambientes terrestres e aquáticos, continentais ou costeiros, naturais ou artificiais, permanente ou periodicamente inundados ou com solos encharcados. As águas podem ser doces, salobras ou salgadas, com comunidades de plantas e animais adaptados à sua dinâmica hídrica.

Extensão de uma área úmida, o limite da inundação rasa ou do encharcamento permanente ou periódico, ou no caso de áreas sujeitas

¹⁰ BRASIL. Decreto nº 1.905/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm. Acesso em 10 mar 2018.

¹¹ BRASIL. Decreto nº 1.905/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm. Acesso em 10 mar 2018.

¹² MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Comitê Nacional das Zonas Úmidas, CNZU. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80089/Recomendacao%20CNZU%20n%207%20conceito%20e%20sistema%20de%20classificacao%20de%20areas%20umidas%201%201.pdf>. Acesso em 10 mar 2018.

aos pulsos de inundação, pelo limite da influência das inundações médias máximas, incluindo-se aí, se existentes, áreas permanentemente secas em seu interior, habitats vitais para a manutenção da integridade funcional e da biodiversidade das mesmas. Os limites externos são indicados pelo solo hidromórfico, e/ou pela presença permanente ou periódica de hidrófitas e/ou de espécies lenhosas adaptadas a solos periodicamente encharcados

2 ZONAS ÚMIDAS NO BRASIL

O principal instrumento adotado pela Convenção para implementar seus objetivos é a Lista de Ramsar (artigo 2.1), é composta por áreas caracterizadas como ecossistemas úmidos importantes, que devem ser selecionadas pelos países fundamentando-se na sua importância internacional em termos ecológicos, botânicos, zoológicos, imunológicos ou hidrológicos e após, ser aprovadas por um corpo técnico especializado da Convenção, essas áreas recebem o título de "Sítios Ramsar"¹³.

Os primeiros Sítios Ramsar criados no Brasil remontam ao ano do depósito da Carta de Ratificação em 1993 (Parque Nacional da Lagoa do Peixe 24.05.1993, Parque Nacional do Pantanal Mato-Grossense 24.05.1993, Reserva de desenvolvimento Sustentável Mamirauá 04.10.1993, Parque Nacional do Araguaia - Ilha do Bananal 04.10.1993, Área de Proteção Ambiental das Reentrâncias Maranhenses 30.11.1993)¹⁴.

Em relação ao plano de implementação, a Convenção propõe ações, tal como a Política Nacional de Zonas Úmidas, inserida no programa de uso racional, o que ainda não foi criado, passado todo este tempo desde a promulgação do decreto o que existe de fato são princípios de conservação e uso racional presentes em algumas das políticas de meio ambiente brasileiras de modo mais genérico, por exemplo, a conservação e uso racional de zonas úmidas ou ambientes aquáticos que está presente na Política Nacional de Meio Ambiente; Plano Nacional de Áreas Protegidas; Política Nacional de

¹³ PRATES, Ana Paula. Sítios Ramsar (Zonas Úmidas). Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/%C3%A1reas-para-conserva%C3%A7%C3%A3o/s%C3%ADtios-ramsar-zonas-%C3%BAmidas>. Acesso em 10 mar 2018.

¹⁴ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Sítios Ramsar do Brasil. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zonas-umidas-convencao-de-ramsar/s%C3%ADtios-ramsar>. Acesso em 10 mar 2018.

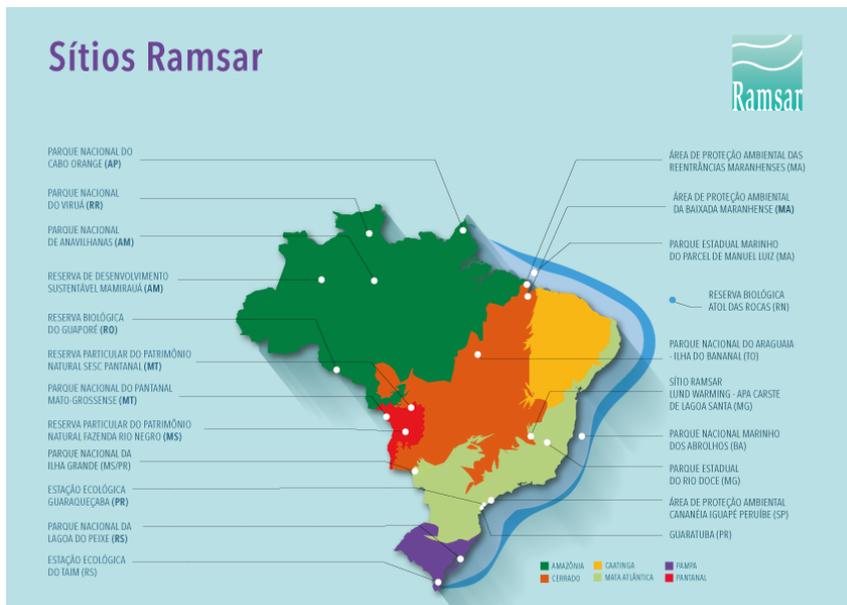
Biodiversidade¹⁵. Ou seja, uma solução que parece ser de ordem bastante prática é que esse plano de implementação pode ser viabilizado por um esforço político utilizando-se das políticas ambientais e canais já existentes.

Dentro da estrutura governamental deu-se um passo muito importante com o Decreto de 23.10.2003, que criou o Comitê Nacional das Zonas Úmidas, CNZU, com as funções de propor ao Ministério do Meio Ambiente diretrizes e ações de execução, relativas à conservação, ao manejo e ao uso racional dos recursos ambientais, referentes à gestão das áreas incluídas na Lista de Zonas Úmidas de Importância Internacional e, nas demais zonas úmidas brasileiras, quando couber; contribuir para elaboração de diretrizes e na análise do planejamento estratégico que subsidiará a elaboração de um Plano Nacional de Zonas Úmidas; sugerir e avaliar a inclusão de novos sítios na Lista de Zonas Úmidas de Importância Internacional; subsidiar a participação brasileira nas reuniões realizadas no contexto da Convenção de Ramsar, bem como contribuir na elaboração de informes nacionais a serem encaminhados às Conferências das Partes Contratantes; subsidiar a implementação da Convenção de Ramsar e das decisões adotadas pela Conferência das Partes Contratantes; divulgar a Convenção de Ramsar e incentivar a participação da sociedade na sua implementação; bem como apresentar proposta de regimento interno ao Ministro de Estado do Meio Ambiente (art 1)¹⁶.

De acordo com o Ministério do Meio Ambiente, atualmente o Brasil possui 22 (vinte e dois) Sítios Ramsar que assim estão distribuídos no território nacional:

¹⁵ CARVALHO, Maria Rachel. Políticas Nacionais de Meio Ambiente no Brasil Conservação e o Uso Racional das Zonas Úmidas. MMA. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/205/_arquivos/politicas_nacionais_de_meio_ambiente_no_brasil_205.pdf. Acesso em 10 mar 2018.

¹⁶ BRASIL Decreto de 23.10.2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn10001.htm. Acesso em 10 mar 2018

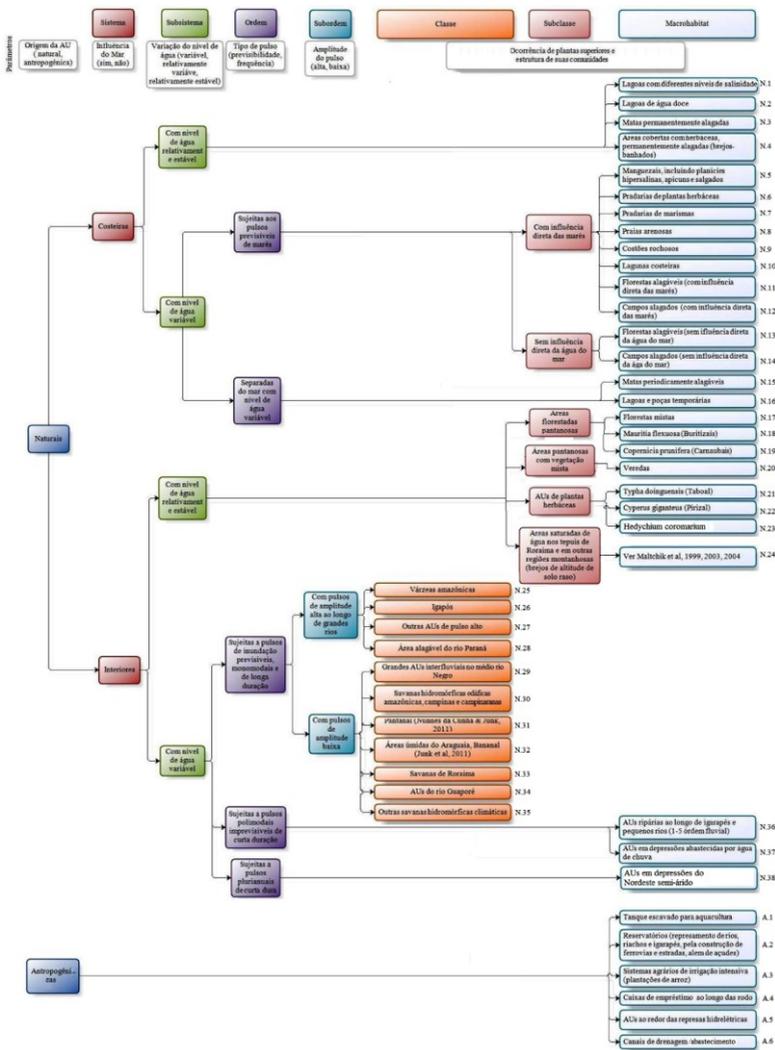


O CNZU fez a *Recomendação n. 7/2015* que criou um sistema de classificação das áreas úmidas brasileiras¹⁷, que consiste num importante instrumento para formulação de políticas nessa área, sistema adaptado de trabalho de Junk e colaboradores, formulado por meio de pesquisas junto a Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Áreas Úmidas - INAU¹⁸.

¹⁷ Junk, W.J.; Piedade, M.T.F.; Lourival, R.; Wittmann, F.; kandus,P; Lacerda, L.D.; Bozelli, R.L.; Esteves, F.A.; Cunha, C.N.; Maltchik,L; Schöngart, J; Schaeffer-Novelli,Y; Agostinho, A.A. 2013. Brazilian wetlandas: their definition, delineation, and classification, for research, sustainable management, and protection. Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/355858796/Junk-Definicao-e-Classificacao-das-Areas-Umidas-AUs-Brasileiras-pdf>. Acesso em 10 mar 2018.

¹⁸ Junk, W.J.; Piedade, M.T.F.; Cunha, C.N. Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Áreas Úmidas - INAU. Classificação e Delineamento das Áreas Úmidas Brasileiras e de seus Macrohabitats. Disponível em: <http://cppantanal.org.br/wp-content/uploads/2017/04/E-book-Classificacao-e-Delineamento-das-AUs.pdf>. Acesso em 10 mar 2018.

CUESTIONES DIALÉCTICAS EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA PAZ

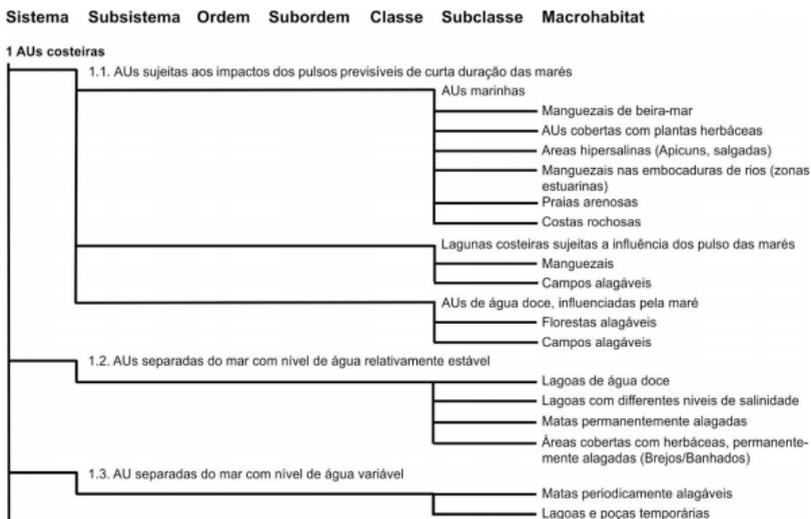


a. Áreas úmidas costeiras na nova classificação das AU's brasileiras

Por meio de trabalhos do INAU houve uma nova classificação de áreas úmidas brasileiras, adotada como referência pelo MMA, pelo

CNZU e de especial relevância para a adoção de novas áreas costeiras como Sítios Ramsar:¹⁹

Tabela 4. A nova classificação das AUs Brasileiras. As AUs interiores sujeitas a pulsos de inundações previsíveis, monomodais e de longa duração foram classificadas neste trabalho somente ate o nível de classe. Trata se de AUs de grandes extensões, muito complexos, com dinâmica hidrológica diversificada e com um numero grande de macrohabitats, cuja classificação necessita uma abordagem especifica como demonstrado para o Pantanal Matogrossense e para as várzeas Amazônicas nos capitulos 2 e 3 deste livro.



3 O ESTUÁRIO LAGAMAR DO MAR PEQUENO – APA CIP

A Área de Preservação Ambiental Cananéia-Iguape-Peruíbe, situada no litoral sul do estado de São Paulo foi criada por meio do Decreto nº 90.347, de 23.10.1984, possui uma área de 202.307 ha, foi criada com o objetivo de além de possibilitar, às comunidades caiçaras, o exercício de suas atividades, dentro dos padrões culturais estabelecidos historicamente, e de conter a ocupação das encostas passíveis de erosão, tem por objetivo proteger e preservar

¹⁹ Junk, W.J; Piedade, M.T.F; Cunha, C.N. Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Áreas Úmidas - INAU. Classificação e Delineamento das Áreas Úmidas Brasileiras e de seus Macrohabitats. Disponível em: <http://cppantanal.org.br/wp-content/uploads/2017/04/E-book-Classificacao-e-Delineamento-das-AUs.pdf>. Acesso em 10 mar 2018.

os ecossistemas, desde os manguezais das faixas litorâneas, até as regiões de campo nos trechos de maiores altitudes²⁰.

A APA-CIP é considerada Patrimônio da Humanidade e também Reserva da Biosfera pela Unesco, possui manguezais, estuários, rios, canais lagunares, planícies costeiras, cachoeiras, além de ilhas costeiras e oceânicas. Inclui, ainda, dentre seus predados paisagísticos, restingas, dunas, sambaquis e a mais extensa faixa contínua de Mata Atlântica no Brasil. Ademais da riqueza cultural, esse mosaico de paisagens únicas abriga rica diversidade biológica, com várias espécies criticamente ameaçadas, entre outras espécies, podem ser destacadas a presença do boto-cinza no estuário de Cananéia, e a presença dos guarás vermelhos na região do estuário Lagamar do Mar Pequeno²¹.

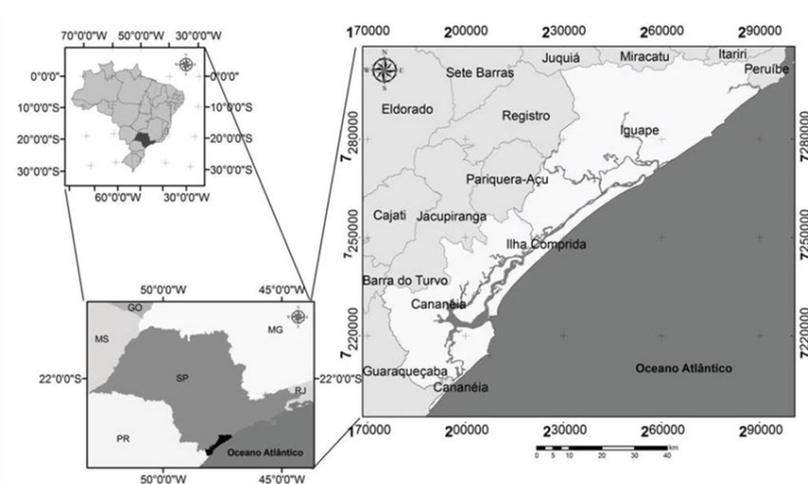


FIGURA 1. LOCALIZAÇÃO DA ÁREA DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DE CANANÉIA-IGUAPE-PERUIBE (APA-CIP), NO LITORAL SUL DO ESTADO DE SÃO PAULO, BRASIL (FONTE: IOUSP)²²

²⁰ SÃO PAULO. Decreto nº 90.347, de 23.10.1984. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-90347-23-outubro-1984-440574-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10 mar 2018.

²¹ Ramsar Sites Information Service. Environmental Protection Area of Cananéia-Iguape-Peruíbe. Disponível em: <https://rsis Ramsar.org/ris/2310>. Acesso em 10 mar 2018.

²² UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, Instituto Oceanográfico. APA Cananéia-Iguape-Peruíbe, Sítio Ramsar, Área Úmida de Importância Internacional. Disponível em:

Assim como os demais Sítios Ramsar do Brasil, que já eram áreas protegidas, a APA-CIP da mesma forma já era uma área com uma proteção especial, ela foi designada como 2.282º Sítio Ramsar, e 20º do Brasil, onde passou a integrar uma área total mundial de 8 milhões 669 mil 251 hectares²³.

4 IMPLICAÇÕES DO RECONHECIMENTO DA AREA DA APA-CIP COMO SÍTIO RAMSAR

O Brasil tem uma política de criar Sítios Ramsar em sobreposição com unidades de conservação já protegidas. Com isso, a proteção bem como o sistema de gestão e regras conferidas ao sítio Ramsar vão acompanhar o grau de proteção da unidade de conservação a que ela se sobrepõe²⁴.

No caso, a APA-CIP é uma Unidade de conservação federal de uso sustentável. Dessa forma, este Sítio Ramsar será também unidade de conservação de uso sustentável sob a administração do ICMBio, que é o órgão gestor da APA-CIP.

Citando outro exemplo, o Sítio Ramsar sobreposto com a Estação Ecológica de Guaraqueçaba/PR, cuja natureza jurídica da estação ecológica é de unidade de conservação de proteção integral, o Sítio Ramsar também acompanhará este grau de proteção, e o órgão gestor da estação ecológica será o gestor também do Sítio Ramsar.

Em entrevista com o analista ambiental do ICMBio em Iguape, Eliel Pereira de Souza²⁵, ele relata que quando se cria uma

<http://www.io.usp.br/index.php/noticias/984-apa-cananeia-iguape-peruibe-sitio-ramsar-area-umida-de-importancia-internacional>. Acesso em 10 mar 2018.

²³ Ramsar Sites Information Service. Environmental Protection Area of Cananéia-Iguape-Peruibe. Disponível em: <https://rsis.ramsar.org/rsis/2310>. Acesso em 10 mar 2018.

²⁴ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Sítios Ramsar no Brasil. Aula no curso de doutorado em direito ambiental internacional na Universidade Católica de Santos. 24 mai 2018.

²⁵ Entrevista realizada na data de 25 de maio de 2017 na sede do ICMBio em Iguape, utilizando-se do método de entrevista não-estruturada focalizada. O entrevistado é bacharel e licenciado em Ciências Biológicas pela Universidade de São Paulo (2000) com mestrado em Ciência Ambiental pela Universidade de São Paulo (2012). Experiência na área de gestão compartilhada de áreas protegidas no ambiente marinho-costeiro, com ênfase na mediação de conflitos socioambientais. Atua como analista ambiental no Instituto Chico Mendes da Conservação da Biodiversidade, onde foi gestor da Área de Proteção Ambiental Cananéia Iguape

unidade de conservação nova as pessoas que vivem no local tendem a ficar com receio de novas limitações de natureza ambiental. Porém não é o caso na criação do Sítio Ramsar, pois essa denominação não implicará em novas restrições de intervenção no meio ambiente, ou seja, não haverá um arrocho nas leis de proteção nacionais, mas o reconhecimento é importante e dá uma visibilidade internacional para a unidade de conservação, no sentido da proteção na esfera do direito ambiental internacional, onde essa unidade será vista como um lugar de funções ambientais essenciais para o planeta.

Ele falou também da sobreposição da unidade com área reconhecida pela UNESCO como Reserva da Biosfera da Mata Atlântica²⁶ no ano de 1991, e como Sítio do Patrimônio Mundial Natural em 1999, reconhecimento que deu um status internacional, mas eles não implicaram em nenhuma limitação ambiental diferente ou maior do que as das unidades de conservação a que se sobrepõem que foram criadas no âmbito nacional, apenas abre portas a que essas áreas possam ser objeto, por exemplo, de benefícios em financiamentos de projetos internacionais.

Ressalte-se ainda a relação dos Sítios Ramsar para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da Organização das Nações Unidas (ONU), entre eles, os de número 14 e 15, relacionados respectivamente à conservação dos ecossistemas naturais marinhos e continentais²⁷.

Peruíbe de (2004 a 2008), presidindo o conselho gestor da unidade de conservação.

²⁶ O trecho da Mata Atlântica que se inicia na Serra da Juréia em Iguape-SP, e vai até a Ilha do Mel em Parana guá-PR, abrangendo inúmeras APAs e Estações Ecológicas, foi declarado como Reserva da Biosfera pela UNESCO em 1991 e inscrita como Patrimônio Mundial Natural em 1999, com uma área de 1.691.759 hectares. IPHAN. Reserva Mata Atlântica. Disponível em: <file:///C:/Users/SILMARA/Documents/Reserva%20Mata%20Atl%C3%A2ntica.pdf>. Acesso em 31 mai 2018.

²⁷ LIGNON, Marília Cunha; OLIVEIRA, Emerson Antonio. Um novo olhar para as áreas úmidas brasileiras. Disponível em: <https://www.correiadoestado.com.br/opiniaio/emerson-antonio-de-oliveira-um-novo-olhar-para-as-areas-umidas/314785/>. Acesso em 31 mai 2018.

4.1 MUDANÇAS CLIMÁTICAS E O ECOSISTEMA DO MAR PEQUENO

Considerando os efeitos das mudanças climáticas, prevê-se a redução e a fragmentação de ecossistemas costeiros e marinhos e aumento de processos erosivos na zona costeira, atingindo a biodiversidade, os serviços ambientais e os meios de subsistência de populações humanas, motivo também pelo qual se fundamenta e justifica a importância de proteção na área²⁸.

De acordo com trabalho publicado no Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação²⁹, na região do lagamar do Mar Pequeno, as áreas de manguezal têm sofrido redução,

sendo aos poucos substituídas por espécies de macrófitas aquáticas (Cunha-Lignon & Kampel, 2011). A ocorrência de bancos de macrófitas ao redor e dentro de bosques de mangue, sobretudo próximo ao canal artificial Valo Grande (região de Iguape) (Figura 2), alerta para as alterações ambientais que vem ocorrendo na região, em função da redução da salinidade, e conseqüentemente, com a perda de funções ecológicas do ecossistema manguezal. A partir de monitoramento do microclima de manguezais, et al. (2013) **registraram maiores amplitudes de temperatura em manguezais alterados do que em manguezais conservados, nesse trecho da costa. O estudo confirma a importância dos manguezais como estabilizadores do clima.** (grifo nosso)

²⁸ IPCC, 2014. Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Summary for Policymakers. WGII AR5 Phase I Report Launch, 44p.

²⁹ LIGNON, Marília Cunha; ALMEIDA, Renato de; BESERRA DE LIMA, Nádia Gilma; GALVANI, Emerson; MENGHINI, Ricardo Palamar; COELHO JUNIOR, Clemente; SCHAEFFER NOVELLI, Yara. MONITORAMENTO DE MANGUEZAIS: ABORDAGEM INTEGRADA FRENTE ÀS ALTERAÇÕES AMBIENTAIS. Anais do VII Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação. Curitiba, Paraná, 2015.

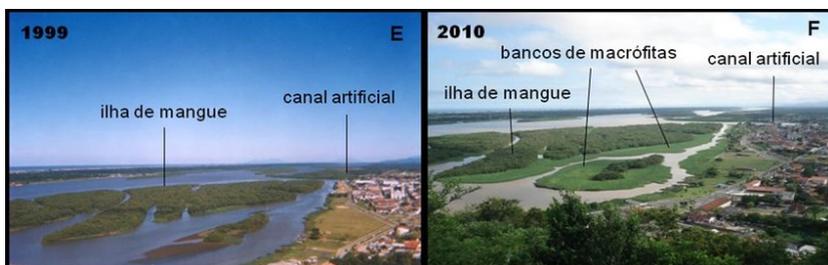


FIGURA 2. FOTOGRAFIAS OBLÍQUAS OBTIDAS A PARTIR DO MORRO DO ESPIA, REGIÃO DE IGUAPE, EM 1999, 2010 (CUNHALIGNON & KAMPEL, 2011).

O canal artificial do Valo Grande, mencionado pelos autores acima, foi cavado à mão por escravos em Iguape na primeira metade do século XIX fazendo um atalho para o escoamento da produção de arroz entre o Rio Ribeira, na altura do Porto do Ribeira, e o Porto de Iguape. Com o tempo esse canal que era de pouco mais de 4 metros, atualmente possui cerca de 300m de largura, ele provocou o assoreamento do Porto de Iguape, e promoveu o aparecimento desses grandes bancos de macrófitas que podem ser observados nas imagens, dessalinizando a água do estuário, e gerando uma grande perda de biodiversidade, por exemplo, há 40 anos podiam ser encontradas ostras, espécie que não existe e nem poderia sobreviver mais no local.

O estuário Lagamar do Mar Pequeno ainda é um dos grandes berçários do Oceano Atlântico, as espécies adentram no estuário para se reproduzir. Porém, atualmente está muito ameaçado pela dessalinização e pela poluição que vêm das águas do Rio Ribeira. Pesquisas efetuadas no local apontam que “ao comparar os dados estruturais da vegetação e relacioná-los com os atributos climáticos, confirmou-se a importância da vegetação como controlador climático, principalmente quando a escala de trabalho é a microclimática”³⁰.

³⁰ “As pesquisas desenvolvidas na área de climatologia têm sido, voltadas para a escala regional e local. Entretanto, devido à atenção dada, atualmente, aos estudos ambientais e, com isso, à necessidade de estudos em escalas inferiores do clima, com análises mais detalhadas, os estudos microclimáticos acabaram ganhando destaque. Os manguezais que se destacam no Sistema Costeiro Cananéia-Iguape representam comunidades vegetais adaptadas a várias condicionantes físicas atuantes nas zonas costeiras, entre elas, as climáticas”. GALVANI, Emerson, LIMA, Nádia G.B de Lima. CARACTERIZAÇÃO MICROCLIMÁTICA DOS MANGUEZAIS DA BARRA DO RIBEIRA-IGUAPE/SP E SUAS RELAÇÕES COM OS ASPECTOS

Atualmente existe uma ação civil pública promovida Ministério Público Estadual, por meio do Grupo de Atuação Especial em Meio Ambiente (GAEMA), reunindo diversos estudos científicos (hidrológicos, geográficos, biológicos, entre outros) que apontam os efeitos deletérios do Valo Grande para o Estuário Lagamar do Mar Pequeno e pede, em linhas gerais, seu fechamento por meio de comportas móveis, processo n. 0002225-57.2011.8.26.0244, da 2ª Vara Cível de Iguape, atualmente em fase recursal, junto à 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, relator DD. Desembargador Dr. Ruy Alberto Leme Cavaleiro; o processo foi remetido ao Tribunal após a sentença que determinou o fechamento do Valo Grande no prazo de 180 dias e a dragagem do Rio Ribeira, a fim de que o Rio Ribeira de Iguape retome o seu curso natural³¹.

Para os professores doutores Marília C. Lignon, da Unesp de Registro, e Emerson Antonio de Oliveira, membro do Comitê Mundial de Áreas Protegidas da IUCN, a expectativa neste momento é de que esse status internacional contribua para que a área do Sítio Ramsar APA-CIP seja priorizada em políticas públicas e privadas, fortalecendo a sua conservação. Até porque, entre os objetivos da Convenção estão o de estabelecer marcos para ações nacionais e para a cooperação entre países, para promover a conservação e o uso racional das áreas, de acordo com o reconhecimento da sua importância ecológica e dos seus valores social, econômico, cultural, científico e recreativo³².

FISIONÔMICOS DA VEGETAÇÃO. GEOUSP - Espaço e Tempo, São Paulo, Nº 20, pp. 79 - 100, 2006. Disponível em:

<https://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/74009>. Acesso em 30 mai 2018.

³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Consulta Processual. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do?jsessionid=678724C5B2743863A2787F067C6DCED6.cposg9?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0002225-57.2011&foroNumeroUnificado=0244&dePesquisaNuUnificado=0002225-57.2011.8.26.0244&dePesquisa=&uuidCaptcha=>. Acesso em 30 mai 2018.

³² LIGNON, Marília Cunha; OLIVEIRA, Emerson Antonio. Um novo olhar para as áreas úmidas brasileiras. Disponível em: <https://www.correiadoestado.com.br/opiniaio/emerson-antonio-de-oliveira-um-novo-olhar-para-as-areas-umidas/314785/>. Acesso em 31 mai 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação do Sítio Ramsar sobreposto à APA-CIP é uma importante forma de reconhecimento dos serviços ambientais prestados na área, o que já vem sendo objeto de estudos há muitos anos, principalmente na área da geografia, biologia, oceanografia e agronomia.

Porém sob a perspectiva jurídica, sobre as implicações legais do reconhecimento do Sítio Ramsar APA-CIP como unidade de conservação, observou-se ao longo do trabalho seu pioneirismo. Talvez justamente pela questão multidisciplinar que envolve este estudo, pois toda a base sobre o qual se reveste e fundamenta está fora do ordenamento jurídico tradicional de lei e ordem.

É necessário sair da lógica do direito tradicional para enxergar e traduzir a importância da criação de um Sítio Ramsar sobreposto a APA-CIP e reconhecer fundamentos em outras ciências. Momento em que se busca justamente no direito ambiental internacional essas bases, direito que entende perfeitamente que no estágio atual é impossível valorar e buscar decisões para a segurança e proteção social apenas pelo comando coercitivo da norma, pois as respostas para os problemas são multidisciplinares e complexos.

Nesse sentido o professor J. R. Morato Leite afirma que “a racionalidade jurídica na esfera do ambiente ultrapassa um olhar técnico, dogmático e monodisciplinar, havendo a necessidade de compreender a crise ambiental por uma visão transdisciplinar e de um enfoque mais sociológico do risco”³³.

Dessa forma, acredita-se que, escapando da técnica e da racionalidade jurídica tradicional, estar-se-á examinando temas jurídicos de uma forma mais completa, considerando-se principalmente as novas tendências trazidas pelas peculiaridades do bem ambiental a ser protegido pelo Estado, direito e sociedade³⁴; onde o sistema de segurança jurídica se substituiu por um sistema de

³³ MORATO LEITE, José Rubens; ARAÚJO AYALA, Patryck de. **Dano Ambiental: Do individual ao Coletivo extrapatrimonial**. Teoria e Prática. São Paulo: RT, 6 ed., 2014, p. 118-123.

³⁴ Idem.

segurança para os bens jurídicos³⁵, que pode ser traduzido, por exemplo, pela boa gestão dos bens ambientais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 1.905/96. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm. Acesso em 10 mar 2018.

BRASIL Decreto de 23.10.2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn10001.htm. Acesso em 10 mar 2018

CARVALHO, Maria Rachel. Políticas Nacionais de Meio Ambiente no Brasil Conservação e o Uso Racional das Zonas Úmidas. MMA. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/205/_arquivos/politicas_nacionais_de_meioambiente_no_brasil_205.pdf. Acesso em 10 mar 2018.

COSTA, Ilton Garcia; GOES, Winnicius Pereira . A Diretiva 2014/24/UE como Guia de Contratualizações Sustentáveis de Políticas Públicas Sociais. NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS (ONLINE), v. 21, p. 656-690, 2016.

COSTA, Ilton Garcia; OLIVEIRA, Mariana Cher. . Meio Ambiente, Tributação e Economia, Possível Caminho para Inclusão Social. In: Sébastien Kiwonghi Bizawu. (Org.). O direito dos animais na contemporaneidade: proteção e bem-estar animal. 1ed. Curitiba: Instituto Memória, 2015, v. 1, p. 13-45

Cunha-Lignon, M.; Kampel, M.; Menghini, R.P.; Schaeffer-Novelli, Y.; Cintrón, G.; Dahdouh-Guebas, F., 2011a. Mangrove Forests Submitted to Depositional Processes and Salinity Variation Investigated using satellite images and vegetation structure surveys. Journal of Coastal Research, SI 64, v. I, p. 344-348.

Duke, N.C.; Meynecke, J.-O.; Dittmann, A.M.; Ellison, A.M.; Aanger, K.; Berger, U.; Cannicci, S.; Diele, K.; Ewel, K.C.; Field, C.D.; Koedam, N.; Lee, S.Y.; Marchand, C.; Nordhaus, I.; Dahdouh-Guebas, F., 2007. A world without mangroves? Science, 317: 41-42.

GALVANI, Emerson, LIMA, Nádia G.B de Lima. CARACTERIZAÇÃO MICROCLIMÁTICA DOS MANGUEZAIS DA BARRA DO RIBEIRA-IGUAPE/SP E SUAS RELAÇÕES COM OS ASPECTOS FISIONÔMICOS DA VEGETAÇÃO. GEOUSP - Espaço e Tempo, São Paulo, Nº 20, pp. 79 - 100, 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/geousp/article/view/74009>. Acesso em 30 mai 2018.

³⁵ MAY, Stefan. Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente. **Nuevos riesgos, seguridad y prevención**: sobre la transformación del estado moderno y de sus formas de actuación jurídica. In Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente, Esteban Juan Pérez Alonso (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Sítios Ramsar no Brasil. Aula no curso de doutorado em direito ambiental internacional na Universidade Católica de Santos. 24 mai 2018.

IPCC, 2014. Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Summary for Policymakers. WGII AR5 Phase I Report Launch, 44p.

Junk, W.J; Piedade, M.T.F; Lourival, R; Wittmann, F; kandus,P; Lacerda, L.D; Bozelli, R.L; Esteves, F.A; Cunha, C.N; Maltchik,L; Schöngart, J; Schaeffer-Novelli,Y; Agostinho, A.A. 2013. Brazilian wetlands: their definition, delineation, and classification, for research, sustainable management, and protection. Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/355858796/Junk-Definicao-e-Classificacao-das-Areas-Umidas-AUs-Brasileiras-pdf>. Acesso em 10 mar 2018.

Junk, W.J; Piedade, M.T.F; Cunha, C.N. Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia em Áreas Úmidas - INAU. Classificação e Delineamento das Áreas Úmidas Brasileiras e de seus Macrohabitats. Disponível em: <http://cppantanal.org.br/wp-content/uploads/2017/04/E-book-Classificacao-e-Delineamento-das-AUs.pdf>. Acesso em 10 mar 2018.

LIGNON, Marília Cunha; OLIVEIRA, Emerson Antonio. Um novo olhar para as áreas úmidas brasileiras. Disponível em: <https://www.correiodoestado.com.br/opiniaio/emerson-antonio-de-oliveira-um-novo-olhar-para-as-areas-umidas/314785/>. Acesso em 31 mai 2018.

LIGNON, Marília Cunha; ALMEIDA, Renato de; BESERRA DE LIMA, Nádia Gilma; GALVANI, Emerson; MENGHINI, Ricardo Palamar; COELHO JUNIOR, Clemente; SCHAEFFER NOVELLI, Yara. MONITORAMENTO DE MANGUEZAIS: ABORDAGEM INTEGRADA FRENTE ÀS ALTERAÇÕES AMBIENTAIS. Anais do VII Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação. Curitiba, Paraná, 2015.

MAY, Stefan. Derecho, Globalización, Riesgo y Medio Ambiente. **Nuevos riesgos, seguridad y prevención:** sobre la transformación del estado moderno y de sus formas de actuación jurídica. In Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente, Esteban Juan Pérez Alonso (coord.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Instrumentos da Convenção de Ramsar. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zonas-umidas-convencao-de-ramsar/instrumentos-da-conven%C3%A7%C3%A3o-de-ramsar>. Acesso em 10 mar 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Áreas Úmidas - Convenção de Ramsar. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zonas-umidas-convencao-de-ramsar>. Acesso em 10 mar 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Comitê Nacional das Zonas Úmidas, CNZU. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/images/arquivo/80089/Recomendacao%20CNZU%20n%207%20conceito%20e%20sistema%20de%20classificacao%20de%20areas%20umidas%201%201.pdf>. Acesso em 10 mar 2018.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Sítios Ramsar do Brasil. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/biodiversidade-aquatica/zonas-umidas-convencao-de-ramsar/s%C3%ADtios-ramsar>. Acesso em 10 mar 2018.

MORATO LEITE, José Rubens; ARAÚJO AYALA, Patryck de. **Dano Ambiental:** Do individual ao Coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. São Paulo: RT, 6 ed., 2014, p. 118-123.

PRATES, Ana Paula Leite. Convenção de Ramsar. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Secretaria de Biodiversidade e Florestas. Gerência de Biodiversidade Aquática e Recursos Pesqueiros. Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/205/_arquivos/convencao_ramsar_205.pdf. Acesso em 10 mar 2018.

PRATES, Ana Paula. Sítios Ramsar (Zonas Úmidas). Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/%C3%A1reas-para-conserva%C3%A7%C3%A3o/s%C3%ADtios-ramsar-zonas-%C3%BAmidas>. Acesso em 10 mar 2018.

Ramsar Sites Information Service. Environmental Protection Area of Cananéia-Iguape-Peruíbe. Disponível em: <https://rsis.ramsar.org/ris/2310>. Acesso em 10 mar 2018.

SÃO PAULO. Decreto nº 90.347, de 23.10.1984. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-90347-23-outubro-1984-440574-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 10 mar 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Consulta Processual. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/search.do;jsessionid=678724C5B2743863A2787F067C6DCED6.cposg9?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0002225-57.2011&foroNumeroUnificado=0244&dePesquisaNuUnificado=0002225-57.2011.8.26.0244&dePesquisa=&uuidCaptcha=>. Acesso em 30 mai 2018.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, Instituto Oceanográfico. APA Cananéia-Iguape-Peruíbe, Sítio Ramsar, Área Úmida de Importância Internacional. Disponível em: <http://www.io.usp.br/index.php/noticias/984-apa-cananea-iguape-peruibe-sitio-ramsar-area-umida-de-importancia-internacional>. Acesso em 10 mar 2018.

ANEXO I – GUARÁS-VERMELHOS NO ESTUÁRIO LAGAMAR DO MAR PEQUENO



ANEXO II – botos cinza no estuário de Cananéia



DIREITO AO ESQUECIMENTO E SEU FUNDAMENTO NO DIREITO BRASILEIRO

Daniele de Carvalho Haurani¹

João Victor Mendes de Oliveira²

Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb³

INTRODUÇÃO

A rede mundial de computadores permitiu a evolução tecnológica, viabilizando a democratização dos direitos relativos à manifestação do pensamento, em especial a liberdade de expressão e o direito positivo de informar, bem como, o direito de buscar conteúdos.

Neste sentido, surge o famigerado direito ao esquecimento que, no mundo virtual, trata-se do direito à autodeterminação informativa, visto que a internet proporciona a eternização de todos conteúdos nela publicados. Diante disso, cria-se um banco de dados relativos às pessoas, disponível ao público por tempo e forma indefinidos. Outrossim, o desenvolvimento de equipamentos eletrônicos e computacionais, criadores dessa imensa plataforma, permitem o acesso indistinto de dados, informações e imagens arquivadas, possibilitando assim a perpetuação de diversas violações aos direitos de personalidade.

¹ Advogada .E-mail: danielehaurani.adv@hotmail.com.

² Professor Assistente em Teoria Geral do Estado e em Direito Internacional no Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – SP. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado. Email: joaovictormospfc@hotmail.com.

³ Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: marcosmerheb@hotmail.com.

O presente trabalho concentra seus esforços buscando respostas a indagações no sentido de existir ou não fundamento constitucional que ampare o direito ao esquecimento, bem como, quais as implicações da aplicação do referido direito no ordenamento jurídico brasileiro.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos da personalidade, atualmente, são questionáveis e sua incidência por vezes é colocada em dúvida, quando colididos com outros direitos travestidos de relevante significado econômico.

Por esse motivo, na atual “Sociedade de Informação”, criada pela plataforma denominada internet, há espaço para total liberdade de expressão e informação, mas também para as violações dos direitos da personalidade. Destarte, o mundo contemporâneo exige que o próprio Direito reescreva a tutela dos direitos da personalidade, contudo trata-se de nova roupagem o que dificulta o trabalho do Poder Judiciário, visto que os provedores de internet muitas vezes estão localizados em outros países. Todavia, persiste o dever constitucional de atualização e interpretação de normas que- em diversos casos – são colidentes.

Nesta feita, ao lidarmos com valores amplamente constitucionais, como a liberdade de expressão em detrimento da intimidade e a privacidade na sociedade de informação, surge dificuldade de proteção de um direito em detrimento do outro, trata-se de tarefa árdua, concedida ao legislador.

Neste diapasão, definir limites à liberdade de expressão e liberdade de informação em detrimento aos direitos de personalidade é um dos grandes desafios do Poder Judiciário e da doutrina civilista-constitucional; tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do Rext. 833.248/RJ, caso este que será explorado nas seguintes laudas.

No plano constitucional, por sua vez, os direitos da personalidade estão dispostos no art. 5º X da Constituição, adquirindo, portanto, status de direitos fundamentais, vejamos: “Art. 5º X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Já no plano infraconstitucional, o Código Civil, mais precisamente em seu Capítulo II; dos artigos 11

a 21, versa sobre os direitos da personalidade, suas respectivas nuances e desdobramentos, seguindo princípios estabelecidos pela Lei Maior, bem como, tratados de direitos humanos.

No que se refere ao âmbito de atuação destes direitos, há que se fazer uma distinção entre intimidade, vida privada, honra e imagem, sendo todos estes conceitos desdobramentos dos direitos de personalidade.

Segundo Marcelo Novelino (2015, p. 337), a intimidade está relacionada ao modo de ser de cada pessoa, enquanto a vida privada está ligada ao indivíduo e o meio social em que está inserido, tendo aquele, direito de manter-se livre da observação de outras pessoas; honra, por sua vez, relaciona-se à reputação do indivíduo diante do meio social (honra objetiva), bem como, a estimação que este sujeito possui de si próprio (honra subjetiva). Noutra nuance, o direito à imagem, segundo a visão do ilustre doutrinador Luís Roberto Barroso (2004, p. 16):

O direito à imagem protege a representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos da pessoa pelos quais ela possa ser reconhecida. A reprodução da imagem depende, em regra, de autorização do titular. Nesse sentido, a imagem é objeto de um direito autônomo, embora sua violação venha associada, com frequência, à de outros direitos da personalidade, sobretudo a honra.

Todavia, mesmo diante do explanado a tendência atual na rede mundial de computadores é no sentido de haver um avanço tecnológico a fim de ampliar os conteúdos disponibilizados, bem como, o número de pessoas que podem acessá-los, o que abre espaço para diversos tipos de violações dos direitos da personalidade, ora mencionados.

2 O ACESSO À INTERNET COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Como qualquer outro direito fundamental, a liberdade de expressão e outros direitos relativos à manifestação do pensamento são fruto de luta e conquista histórica dos cidadãos frente ao arbítrio estatal, conforme entendimento de Norberto Bobbio (1992, p. 5), os direitos fundamentais são históricos “caracterizados por lutas em

defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”.

Insta salientar que os direitos fundamentais foram divididos em dimensões (direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão) segundo a maior parte dos doutrinadores, sendo que os de primeira dimensão, levaram como primazia a ideia de liberdade.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão encontram-se em todas as Constituições democráticas, sendo marcados pelos direitos civis e políticos. Outrossim, conforme Cláudio de Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga (2016, p. 161), a “Magna Carta Libertatum” de 1215 foi o marco inicial dos direitos à liberdade, sobretudo com a imposição de uma carte de direitos que coibia os livre arbítrios de João Sem Terra⁴, positivando princípios importantes como o da legalidade, anterioridade tributária e decido processo legal. Não menos importante, na França, surge a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (1789), outra carta que proclama as liberdades individuais e o papel do Estado enquanto garantidor de direitos. No entanto, como direito oponível surge no constitucionalismo do século XVIII, nas treze colônias da América do Norte.

Na segunda dimensão de direitos, diante do avanço do liberalismo político e econômico que se deu no início do século XX, período pós Primeira Guerra Mundial, estão os direitos sociais, cujo marco se deu na “Constituição Mexicana de 1917” e a “Lei Fundamental de Weimar”, de 1919, onde os direitos de reposta e réplica surgem como complemento das liberdades negativas⁵. Segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Jr (2011,P.149), esta dimensão é caracterizada não apenas pelos

⁴ Rei da Inglaterra no período de 1119 a 1216, o rei João Sem-Terra era filho de Henrique II e herdou o trono inglês pelo falecimento de seu irmão Ricardo I, o popular “Ricardo coração de leão”, que fora assassinado nas Cruzadas. Herdando o trono, o rei João impõe uma série de arbítrios ao povo inglês e sendo intolerante e de pouco diálogo, é forçado- pelos barões e lords- a assinar, em 1215, a Magna Charta Libertatum, que impunha ao soberano uma série de restrições . Em decorrência das restrições à João Sem-Terra, em 1689, Guilherme III (Guilherme de Orange), esposo de Marie Stuart, é forçado a assinar o Bill of Rigths, sendo forçado pelos barões e lords a governar mediante a observância às normas editadas por um Parlamento.

⁵ Entende-se por liberdade negativa a não interferência do poder estatal sobre as liberdades individuais, a falta de restrições por parte do Estado é diretamente proporcional ao exercício da liberdade negativa.

direitos sociais, mas também pelos econômicos, culturais, seja na perspectiva individual, seja na coletiva.

Na sequência, mais precisamente nos direitos fundamentais de terceira dimensão, estão os direitos relativos à fraternidade universal, bem como aqueles relativos à manifestação do pensamento, inseridos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948. Oriundos de período pós 2ª Guerra Mundial, os direitos relativos à fraternidade estão ligados a solidificação e estruturação da ONU (antiga Liga das Nações) e a criação de organismos internacionais, sobretudo, Cortes Internacionais e suplementares, na produção de tratados de direitos humanos e relativização da soberania dos Estados, como forma de garantia dos direitos que transcendem as fronteiras estatais.

Atualmente, a doutrina constitucional moderna traz como direito fundamental de quarta dimensão o direito universal à internet. Destarte, a Internet recebeu grande impulso com a criação e popularização do protocolo “TCP/IP e a World Wide Web (WWW)”, que “nasceu em 1989 no Laboratório Europeu de Física de Altas Energias, em Genebra, sob o comando de Berners-Lee e Calliau, proporcionando acesso com um clique do mouse para os mais variados serviços” de forma bastante simplificada (AMARAL, 2011, p. 262).

Há, todavia, um avanço tecnológico que possibilita o surgimento de novidades e oportunidades de compartilhamento de conhecimento, ressalta-se de forma gratuita, proporcionando amplo acesso a informação. Diante desse cenário, pessoas e empresas desenvolvem cada dia mais novas formas de comunicação e prestação de serviços com as mais diversas aplicações.

Insta salientar que recentemente, a Resolução de nº 20 da Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas emitiu parecer no sentido de caracterizar violação aos direitos humanos, sobretudo ao artigo 19 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, qualquer restrição estatal ao direito de acesso à internet dos cidadãos. A referida resolução da ONU foi elaborada como represália à França e ao Reino Unido que, mediante legislação interna, vedavam o acesso à internet de pessoas que não preenchiam acordos de direitos autorais na rede.

Sendo assim, num típico caso de controle de convencionalidade⁶ preventivo, a própria ONU- por meio de resolução- e analisando a dupla checagem vertical entre as normas internas dos países signatários (respectivamente, França e Reino Unido) frente ao Pacto dos Direitos Civis e Políticos, entendeu “inconvenional” a mencionada norma restritiva frente aos direitos humanos. Como consequência lógica, a ONU consagrou o acesso à internet como um direito humano, devendo os Estados buscarem sua ampliação e jamais retrocesso.

Todavia, há que se ressaltar que aliar os direitos da personalidade com o acesso a internet e os direitos fundamentais à liberdade de imprensa e expressão tornaram-se os principais desafios do Direito brasileiro, sobretudo porque se tratam de direitos que possuem status de fundamentais, com fundamentos na Constituição e tratados internacionais.

Diante disso temos que o direito de acesso a internet, bem como à liberdade de expressão e imprensa tem na rede mundial sua colisão com os direitos à intimidade e privacidade.

3 LIBERDADE DE EXPRESSÃO: ASPECTOS PRAGMÁTICOS

Historicamente, desde muito cedo o homem clamou por liberdade, ressalta-se desde as Sagradas Escrituras até a Constituição Federal de 1988, sendo a liberdade de expressão e manifestação do pensamento dois dos mais relevantes e fundamentais direitos inerentes à existência humana.

Da mesma forma, o direito à vida, o direito de locomoção e o direito à liberdade de expressão são os maiores baluartes da existência humana, pois estão diretamente ligados à dignidade do ser humano inserido em uma sociedade democrática.

Na Constituição Federal, em seu artigo 220 combinado com o artigo 5, inciso IV, menciona a liberdade de expressão e manifestação

⁶ Segundo a lição de Valério Mazzuoli (2009, p. 115), o controle de convencionalidade é o controle realizado frente as normas internas em consonância com os tratados internacionais. Noutras palavras, o direito doméstico não deve encontrar fundamento de validade apenas na Constituição (controle de constitucionalidade), mas também nos tratados internacionais de direitos humanos. A esse fenômeno, segundo a lição, denomina-se de dupla checagem vertical.

do pensamento, vedando qualquer espécie de restrições a tais direitos.

Pela simples razão de ter caráter de direito fundamental, tais liberdades possuem aplicabilidade direta⁷. Para Canotilho (2002,p.438), “esta ideia de aplicabilidade directa significa uma normatividade qualificada, nem sempre os direitos, liberdades, e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes”.

Isso significa que a observância desta liberdade se dá tanto nos ambientes públicos como nos privados, sob qualquer espécie de eficácia.

Nesta evolução, o mundo passou por diversas transformações, “a diminuição” das fronteiras territoriais e a proliferação dos meios de comunicação o tornaram menor, em especial com a rede mundial de computadores que permitiu que as pessoas, quando quisessem, se tornassem autoras das mais diversas manifestações em redes sociais. O avanço tecnológico, por sua vez, possibilitou a proliferação de informações, permitindo ainda o amplo acesso à elas, bem como, a disseminação de conteúdos, informações e notícias em todo planeta.

Diante do explanado temos que a comunicação esta intimamente ligada a liberdade de expressão, o que leva ao estudo do conceito de liberdade de expressão, direito este fundamental que, contudo, encontra limitações na própria Constituição Federal⁸. Segundo a lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 264) liberdade de expressão é toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e valor, ou não.

Neste diapasão, a liberdade de expressão tem como conteúdo tudo aquilo que pode ser comunicado, desde uma simples

⁷ O princípio da aplicação imediata dos direitos fundamentais, previsto expressamente pela Constituição Federal em seu artigo 5º, parágrafo primeiro, os concede eficácia imediata e direta, independentemente de legislação infraconstitucional.

⁸ Para muitos estudiosos, embora o direito a liberdade de expressão seja fundamental e tenha aplicabilidade imediata, este, não se trata de direito absoluto, encontrando limitação, por exemplo, no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto pela Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

notícia à uma crônica ou juízo de valor, embora a mensagem notícia não esteja diretamente ligada ao jornalismo. A grande peculiaridade do direito à liberdade de expressão é a proibição de qualquer tipo de censura estatal, tendo a liberdade como regra, enquanto sua mitigação ou relativização torna-se exceção.

Diante do exposto, entende-se que o direito de expressar opiniões cabe a todos os cidadãos, visto que o referido direito é imprescindível para o bom funcionamento de um Estado Democrático de Direito o que contudo, não quer dizer que trata-se de direito absoluto, visto que diante de proliferação de opiniões ou informações ofensivas, capazes de causarem danos a boa imagem ou honra de outrem, caberá a reparação do referido prejuízo por meio do juízo cível (mecanismo de perdas e danos, bem como, dano moral).

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal – a partir da suspensão dos efeitos da lei de imprensa – passou a questionar a eficácia e constitucionalidade da lei 5.250/67. No ano seguinte (2009), por intermédio da ADPF 130, ajuizada Partido Democrático Trabalhista (PDT), o STF julgou a referida lei como não recepcionada pela Constituição de 88, visto que, as regras nela estabelecidas estariam em desacordo com princípios basilares da Constituição Federal. Segundo o voto da ministra Ellen Gracie, o artigo 220 da Constituição Federal, não permite que um diploma legal crie embaraços à plena liberdade de informação, ou seja, não se pode permitir a criação de regras ou formas de dificultar o exercício da liberdade de informação⁹, como por exemplo, a exigência de diploma para exercício da profissão de jornalista não seria compatível com a relevância da liberdade de imprensa e sua importância para uma sociedade inserida em um Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, a Constituição Brasileira, não adotou expressamente nenhum tipo de restrição à liberdade de expressão, prezando pela total liberdade, embora permita punição de abusos, conforme mencionado anteriormente. Por outro lado, outros modelos de constituições, trazem expressamente limites ao exercício do referido direito, como por exemplo, a constituição alemã (Lei Fundamental Alemã de Bonn), que veda expressamente em seu artigo 5º a prática de manifestações que glorifiquem a guerra, a prática de crimes e a brutalidade como forma de provocação ao ódio

⁹ Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>.
 Acesso em: 10 jun.2018.

racial (2014, p.271), bem como, a saudação nazista e utilização de símbolos referentes a este período são considerados crime, puníveis com prisão. Muito se comenta que a limitação expressa trazida pela constituição alemã se dá devido ao histórico genocídio ocorrido no país, considerado o maior de todos os tempos.

De maneira geral, é incontroverso o fato de que não existe prática de censura por algum órgão da Administração Pública, como ocorria na ditadura militar, onde era necessária anuência previa do executivo para publicação de notícias, músicas ou informações. Todavia, o legislador constituinte brasileiro deixou à jurisprudência o encargo de limitar – em situações excepcionais – a liberdade de expressão ressaltando que mesmo diante da abrangência do referido direito, os direitos da personalidade, como intimidade, privacidade, honra e imagem, devem ser respeitados.

Diante do exposto, o cabe ao Poder Judiciário a prática de censura à certas publicações, capazes de lesarem direitos inerentes a personalidade, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, são certos ao tratar do assunto, para eles, quando se entende que a liberdade expressão é regra diante de sua violação, temos a incidência imediata do dano a ser reparado do juízo cível (seja ele resolvido em perdas e danos ou dano moral). No entanto há situações excepcionalíssimas em que a indenização paga por intermédio do juízo cível não apaga o dano causado ao particular, ou seja, existem casos em que a reparação do dano não permite a volta ao “*status quo ante*”¹⁰. Podemos citar como exemplo do referido o clássico famigerado caso de Daniel Echaniz, participante do reality show “Big Brother Brasil” no ano de 2012, fora expulso e acusado de estuprar participante, sendo contudo posteriormente absolvido das acusações pelo Poder Judiciário, embora condenado pela opinião pública.

Trata-se de caso em que, obviamente, a condenação moral, foi infinitamente mais prejudicial que possível condenação judicial. Nesse sentido observemos a lição de Mendes e Branco (2014, p. 279):

¹⁰ Entende-se que o objetivo basilar da reparação de danos no âmbito cível seja a volta ao “*status quo ante bellum*”, expressão esta derivada do Latim que significa “o estado em que as coisas estavam antes da guerra”. Isso significa que preza-se que o sujeito lesado possa, por meio da indenização, voltar ao estado anterior a prática do dano, como se este nunca tivesse ocorrido.

Evidente que o constituinte não pretendeu assegurar apenas eventual efeito de reparação ao eventual atingido, observando que garantia constitucional da efetiva proteção judicial estaria esvaziada se intervenção judiciário somente pudesse se dar após a configuração da lesão. Adverte para a circunstância de que o constituinte se valeu de direitos peremptórios para assegurar a inviolabilidade da vida privada e da honra dos indivíduos, concluindo que hipótese de indenização somente faz sentido, “nos casos em que não foi possível obstar a divulgação ou a publicação da matéria lesiva ao direito de personalidade.

Neste diapasão, nem mesmo a liberdade de comunicação e a privacidade podem ser observados de maneira absoluta, deve-se analisar o casuísmo à partir da ponderação de valores, sendo possível que o judiciário proíba a publicação ou manifestação de determinado conteúdo se este, tiver potencial de lesar os direitos relativos a personalidade.

Para Edilson Farias (p. 204-205) “não constituem censura as medidas judiciais utilizada para apurar a responsabilidade dos meios de comunicação social, no exercício de sua atividade informativa.”. Portanto, quando a liberdade de expressão causar violação a determinado direito de personalidade, o Judiciário será competente para exercício de juízo preventivo, de censura ou repressivo (indenização por perdas e danos ou danos morais). Assim sendo, temos que o direito de informação esta em pé de igualdade com a proteção dos direitos da personalidade, cabendo ao magistrado no caso concreto, por meio da proporcionalidade, decidir pela restrição ou não de determinada manifestação.

4 DO DIREITO À INTIMIDADE E À PRIVACIDADE

A liberdade de expressar-se de forma valorativa em relação a determinado fato pode conflitar, no caso concreto, com os direitos de personalidade, como a honra, a imagem e a intimidade.

A problemática encontra-se no fato de que a sociedade busca por informações de forma insaciável, em especial devido a facilidade de acessibilidade de informações na rede mundial de internet, principalmente informações que concernem a pessoas notórias, colocando como objeto da noticia ou critica direitos à imagem, à honra, à privacidade, à intimidade do indivíduo

Em tese os direitos da personalidade podem preponderar sobre os direitos de informação, num determinado caso concreto, e vice-versa, visto que não há hierarquia entre eles.

Todavia, chega-se a um entrave jurídico ao passo que os direitos da personalidade de maneira alguma podem ser violados, enquanto que os direitos à liberdade de expressão e de imprensa (que em determinados casos podem acabar por violar os direitos da personalidade) não devem sofrer nenhum tipo de censura ou embaraço.

Dá se a resolução do referido conflito ao Poder Judiciário na resolução dos casos concretos que eventualmente tramitam na justiça, cabe portanto, aos tribunais a tarefa de interpretar as normas no sentido de limitar a liberdade de imprensa cerceando-a aos direitos de personalidade em hipóteses em que esses últimos possam ser lesados pelo primeiro.

Há todavia, corrente doutrinária contrária ao referido entendimento o qual se dá o nome de “Regime de Exclusão” que permite dirimir os direitos de personalidade, como o da intimidade, frente a liberdade de expressão. Outra vertente doutrinária ¹¹, por sua vez, denominada “Da Necessária Ponderação”, afirma que diante de colisão entre a liberdade de expressão e eventual direito de personalidade, faz-se necessária ponderação entre os direitos envolvidos, onde o direito de crítica e de informação não devem ser considerados absolutos, sendo muitas vezes temperados pelo direito de personalidade.

Certos parâmetros podem ser utilizados para constatação, no caso concreto, se deve ou não haver limitação ao exercício da liberdade de expressão, de modo que a crítica, informação ou manifestação deve ater-se a questões de interesse público e em hipótese alguma versar sobre a honra e a intimidade de determinado sujeito. Ilustrando o referido temos que é possível a realização de crítica referente á políticos e seus feitos de qualquer modo, desde que a referida manifestação não seja relativa à vida pessoal e familiar desses indivíduos, visto que é necessário que a informação tenha relevância pública.

¹¹ Gilmar Mendes.

Dessa forma, temos que o direito à intimidade e à privacidade limitam o direito de crítica, sendo ambos estão exarados no artigo 5º, X da Constituição.

O direito à privacidade está confinado no núcleo familiar, repugnando qualquer intromissão alheia. Esse direito é mais restrito no sentido de que resguarda a pessoa de intromissões à sua vida privada (Poder Público, sociedade, família). Há, no entanto, situações em que não se aplica a referida proteção, são elas 1) pessoa cuja a atividade afete o interesse público, exemplo: políticos; 2) pessoas que estão constantemente presentes na mídia, exemplo: artistas; e 3) fatos que sejam de interesse popular, exemplo: catástrofes naturais, acidentes.

Quanto ao direito à honra, este refere-se à esfera moral da pessoa, podendo manifestar-se na forma objetiva, ou seja, a reputação do indivíduo ou de maneira subjetiva que interfere na consciência, sentimento dele. Destarte, esse direito só será violado quando forem empregadas expressões formalmente injuriosas, caluniosas ou difamatórias, isso quer dizer que a manifestação do pensamento, notícia ou informação não pode atacar desnecessariamente a honra de outrem. Exige-se que a notícia além de verdadeira seja relevante.

O direito à privacidade pressupõe a autonomia do indivíduo, já que restrições não são toleradas, uma vez que, há a possibilidade de invocação dos princípios proporcionalidade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

É, todavia, justificável a exposição da vida privada de alguém, quando a notícia for de relevância pública, conforme mencionado anteriormente, como é o caso de políticos, jogadores de futebol, celebridades. Por outro lado, manifestações referentes a pessoas do povo, se injuriosas, caluniosas ou difamatórias podem permitir a incidência de reparação de danos pelo juízo cível, (MENDES; BRANCO, 2014, p. 283-284):

A extensão e a intensidade da proteção à vida privada, dependem, em parte, do modo de viver do indivíduo – reduzindo-se, mas não se anulando, quando se tratando de celebridade. Dependem, ainda, da finalidade a ser alcançada com a exposição e do modo como a notícia foi coletada.

Nesse sentido temos o artigo 20 do Código Civil que dispõe:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, boa fama, ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, por meio do julgamento da ADIN 4.815, entendeu procedente o pedido para dar interpretação ao referido dispositivo em consonância com a Constituição Federal, bem como, os direitos fundamentais à liberdade do pensamento e de expressão, de criação artística e produção científica para considerar inexigível a autorização de pessoas biografadas em relação a obras biográficas, literárias ou audiovisuais, bem como, dos coadjuvantes da referida obra, como familiares ou membros do círculo social próximo ao biografado. Trata-se de exemplo prático em que a jurisprudência pátria fez prevalecer o direito à liberdade de expressão sobre os direitos de personalidade.

Por outro lado, levando em conta a ponderação, pessoas públicas também têm direito a ter sua intimidade preservada, podem e devem exigir respeito a sua vida privada, elemento essencial para o direito à intimidade, que preserva o lar, a família, a correspondência e tantos outros direitos, resumindo mesmo quando notória a pessoa tem o direito de estar só e de resguardar-se. Isso quer dizer que toda e qualquer pessoa tem o direito ao segredo que abrange o campo da intimidade dos indivíduos.

O direito ao segredo divide-se em três, sendo (1) segredo das comunicações: sigilo de comunicações como correspondência, e-mail, telefonemas, (2) segredo doméstico: preserva o lar e vida privada do ser humano, diretamente ligado à inviolabilidade de domicílio e (3) segredo profissional: derivado do sigilo da profissão, como no caso de médicos, advogados, psicólogos, padres, visto que cada profissão tem seu código de ética, que dentre outros assuntos, proíbe o profissional de revelar os segredos que lhe foram confiados no exercício da profissão. Ressalta-se que a revelação de segredos tanto os profissionais como os particulares são crimes previstos pelo Código Penal, nos artigos 153 e 154.

Outrossim, conforme mencionado, a proteção aos direitos de personalidade (que engloba o direito à intimidade, bem como, o direito de segredo) pode ser feita tanto na forma preventiva como repressiva, conforme o artigo 12 do Código Civil. Na forma preventiva ele se dá por meio de ação cautelar ou ordinária que visa cessar a ameaça de lesão aos direitos de personalidade. Já na forma repressiva há aplicação de sanção penal ou civil, podendo o lesado reclamar, por exemplo, perdas e danos.

Nesta direção, de forma inovadora, já é pacífico na doutrina e jurisprudência brasileira a possibilidade de incidência de dano moral às pessoas jurídicas., conforme a Súmula 227 do STJ. Por óbvio, no entanto, não se aplicam os direitos da personalidade intrínsecos aos seres humanos às pessoas jurídicas, haja vista não terem vida humana ou sentimentos- não são equiparados em plenitude aos seres humanos- aplicando-se a legislação no que couber.

Neste sentido, a decisão da 11ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

Dano moral. Pessoa jurídica. Configuração. Ausência. O dano moral, para a pessoa jurídica, não é exatamente o mesmo que se pode imputar à pessoa natural. Só a pessoa natural, obviamente, tem atributos biopsíquicos. Por isso, o dano moral para pessoa jurídica é o que envolve a imagem, o bom nome, a fama, a reputação, que são bens que integram o seu patrimônio. Hipótese em que não há prova do dano. Recurso do reconvindo a que se dá provimento (TRT/SP, 11ª Turma, Acórdão nº 20101107956, Juiz Relator: EDUARDO DE AZEVEDO SILVA, Data da publicação: 11-11-2010).

No plano internacional, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, que foi assinado em 1969 pelo Brasil e adentrou o ordenamento em 1992 com o decreto nº 678/1992, determina que seus signatários respeitem e garantam os direitos de personalidade, havendo proteção em nível global.

O artigo 12, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (que traz os direitos humanos básicos, publicada pela Organização das Nações Unidas em dezembro de 1948) dispõe: "Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem

direito a proteção da lei.” Portanto, fica claro que a proteção não se dá apenas pela Constituição Federal e o Código Civil, mas também pelos tratados de direitos humanos da OEA e da ONU.

5 DIREITO AO ESQUECIMENTO FRENTE AO DIREITO DE INFORMAÇÃO

Em casos famosos e de repercussão, sem prejuízo de outros menos conhecidos, a temática foi debatida na doutrina constitucional e civil quando o assunto são os direitos da personalidade em colisão com a liberdade de expressão e informação. A Europa, por sua vez, construiu a doutrina e usou as normas internas, bem como, tratados internacionais, mas a discussão começou mesmo antes da aprovação do tratado da ONU.

Nesse sentido, os Estados procuraram reforçar o conceito de que os direitos de personalidade englobam a vida, a integridade física e psicológica, a proteção do nome (pessoa natural e jurídica), a imagem, a honra e intimidade e devem ficar a saldo das intromissões estatais.

No entanto, nos casos práticos e concretos, quando há uma colisão entre liberdade de informação e expressão e a proteção dos direitos da personalidade, torna-se extremamente discutível qual dos direitos fundamentais deve prevalecer.

O século XX por sua vez foi importante no tocante ao direito à intimidade, pois, muito embora não se utilizasse o termo “direito ao esquecimento”, este, pode ser reconhecido diante de sua essência e finalidade. Nesse sentido, no ano de 1931, nos Estados Unidos o Estado da Califórnia conheceu o recurso interposto por “Melvin vs Reid”, do qual concedeu a Gabrielle Darley o direito ao esquecimento. Gabrielle, por sua vez, havia sido prostituta, bem como, acusada de homicídio e posteriormente absolvida. Ocorre que conforme os anos se passaram a referida cidadã se casou e viveu uma vida digna desde então, todavia, em 1925 determinado produtor de cinema produziu um filme biográfico de Gabrielle (The Red Kimona), dando ênfase a seu passado, o que causou a protagonista da historia contada danos de natureza moral e até físicos. Neste caso, a “Court of Appeal” do mencionado estado, condenou o produtor de cinema ao pagamento de cinquenta mil dólares à Gabrielle como compensação aos danos causados.

Destarte, a Suprema Corte Alemã, em um julgado emblemático denominado “Caso Lebach” reconheceu um desdobramento oposto ao direito de informação: o direito ao esquecimento. Neste caso, a emissora alemã “Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF)” tentou reescrever a história, em forma de documentário, do assassinato de quatro soldados em Lebach - pequena cidade no sudoeste da Alemanha- que faziam a proteção de um depósito de armas das Forças Armadas Alemã, em 1969. Na lide, houveram três condenações, das quais, dois autores foram condenados à prisão perpétua por terem sido os algozes dos soldados e um partícipe, acusado de ter ajudado indiretamente na empreitada criminosa, condenado a seis anos de reclusão.

No entanto, em 1973 e prestes a sair da prisão, os advogados do terceiro condenado (o partícipe)- mediante liminar- tentaram impugnar a veiculação do documentário que seria transmitido em uma sexta feira no período noturno. O conteúdo jornalístico, além de mencionar os autores do delito, divulgaria em rede nacional uma relação homossexual entre o grupo de criminosos.

Diante do mencionado, o Tribunal Constitucional Federal entendeu haver fundamento constitucional oposto à liberdade de expressão e imprensa: o direito ao esquecimento; de tal sorte que conteúdos jornalísticos que venham a divulgar a imagem e nome, de modo a expor os personagens (mesmo que criminosos sejam) ao vexame e principalmente que prejudiquem à ressocialização desses indivíduos, não deveria prosperar, prevalecendo os direitos de personalidade dos interessados.

Historicamente, a Alemanha Ocidental e depois unificada, seguindo seus esforços democráticos de reconstrução pós Segunda Guerra Mundial – em todos os sentidos –, promulgou a Lei Fundamental de Bonn, em 23 de maio de 1949, propiciando a reconstrução da democracia, com direitos bastante amplos, valendo-se também dos tratados de direitos humanos. Ainda na existência da Alemanha Ocidental, ressalta-se democrática, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1983, declarou a existência do direito fundamental à autodeterminação informativa, no julgamento sobre a coleta de dados pessoais autorizadas pela Lei do Censo, que era feita pelo poder público, inclusive salvaguardando informações chamadas de sensíveis, como religião, etnia e opção sexual. O Tribunal decidiu que as informações somente deveriam ser utilizadas

para as finalidades previstas em lei e desde que em total anonimato dos indivíduos a que se referiam.

Essa autodeterminação informativa como direito fundamental, segundo o Tribunal nasce do princípio da dignidade da pessoa humana, que teria uma autodeterminação informativa. Para o Tribunal Constitucional Federal dentro de um direito geral de personalidade havia a atribuição ao indivíduo, a capacidade de decidir, o seu exercício de autodeterminação, ou seja, o que ele deseja revelar de sua própria vida (MARTÍNEZ, 2007, p. 47).

Portanto, há um tipo de direito ao esquecimento, uma autodeterminação informativa que trata-se do direito geral que cada pessoa exerce sobre a faculdade que lhe pertence de controlar e determinar como quaisquer dados pessoais serão utilizados dentro da preservação dos direitos da personalidade.

Exemplificando o mencionado, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, reconhece dentro da autodeterminação informativa, a denominação do direito de proteção dos dados de caráter pessoal. Este reconhecimento ocorreu após a já comentada disposição ocorrida na Alemanha e também nas Constituições de Portugal e Espanha. O objetivo principal da norma em questão é que as pessoas tenham em suas mãos o poder e meios jurídicos para controlar o uso de seus dados pessoais por terceiros.

O direito à autodeterminação informativa é, portanto, um direito fundamental, pois dá ao indivíduo o poder necessário para controlar todas as informações que lhe dizem respeito. Esta não se trata de uma esquisitice jurídica, tampouco um capricho, mas sim uma pretensão essencial diante da realidade da sociedade na qual se vive. Sem o referido direito a vida das pessoas estaria sempre em perigo, pois não seria possível seu pleno desenvolvimento, tampouco possibilitaria que os indivíduos tivessem sua própria identidade, daí sua importância. (CUEVA, 2007, p. 30-31).

Contudo, a autodeterminação informativa encontra alguns obstáculos em sua aplicação, embora a doutrina estrangeira e a jurisprudência europeia tenham feito avanços importantes.

Nesse sentido temos a decisão do Superior Tribunal de Justiça da União Europeia, transitada em julgado, no processo número C-131/12, que assegurou que toda e qualquer pessoa tem o “direito de ser esquecido”. Trata-se de uma ação de cidadão

espanhol, Mario Costeja González, contra o Google Espanha e o Google Inc., por conta de uma publicação no jornal “La Vanguardia”, em 1998. Segundo a referida publicação, os bens do senhor Costeja González seriam leiloados em consequência de um processo a fim de quitação de determinados débitos existentes em seu nome. Apesar de ter quitado os seus débitos, ou seja, saldado todas as dívidas, a notícia encontrava-se disponível e podia ser acessada por qualquer pessoa que utilizasse os serviços de busca do Google.

Mario Costeja González processou no Tribunal de Justiça da UE, tanto o jornal espanhol quanto o Google, na Espanha, para que a notícia fosse retirada do site e que os links fossem apagados dos resultados das buscas do indexador. A Agência de Proteção de Dados Espanhola, que tem competência administrativa para esses casos, negou o pedido em relação ao jornal, mas garantiu a solicitação em relação ao Google, mandando que a empresa removesse os links que faziam referência ao nome do autor e suas antigas dívidas. O Tribunal, por sua vez, confirmou a decisão da agência espanhola, permitindo que o jornal continuasse com a notícia, mas manteve a proibição do Google de apresentar resultados que levassem usuários a tal notícia, conforme a decisão prolatada no processo número C-131/12.

Prevaleceu a tese de que as pessoas tem o direito de impedir que o Google apresente em suas respostas às pesquisas itens que sejam errados, inadequados, irrelevantes ou não sejam mais importantes, ou ainda que contenham excesso em relação ao propósito para os quais foram feitos, em relação ao tempo já passado ou estejam desatualizados.

6 O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento brasileiro é omissivo quanto a existência do direito ao esquecimento: traz apenas, conforme citado no curso deste ensaio, a tutela da personalidade e liberdade de expressão enquanto direitos fundamentais.

No entanto, a doutrina brasileira e a jurisprudência começam a caminhar no sentido de reconhecer, implicitamente, a existência do esquecimento como um desdobramento lógico da tutela da personalidade. Neste sentido versa o Enunciado 521 da VI Jornada

de Direito Civil: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento”.

De natureza doutrinária, os enunciados das Jornadas de Direito Civil são importantes vetores na interpretação de questões lacunosas e polêmicas da ciência jurídica e com muita frequência, tais enunciados são vanguardistas, antecipando as tendências jurisprudenciais.

Destarte no plano da jurisprudência brasileira, existem dois casos polêmicos acerca do direito ao esquecimento:

O primeiro caso foi o Resp. 1.334.097/RJ, no qual o programa Linha Direta da TV Globo retratou o episódio marcante da Chacina da Candelária. Na ocasião, o programa noticiou a história do massacre, envolvendo um sujeito que – no decurso no processo- fora absolvido pela justiça. Ocorre que mesmo tendo o indivíduo sido absolvido das acusações, o referido programa o acusou, de forma indireta, da prática do crime do qual fora inocentado, causando, portanto, danos a moral á aquele. Nesse sentido, vejamos parte do voto do Ministro Luis Felipe Salomão, relator do caso:

Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado.

Em seu voto, o relator o relator enfatizou a importância da veiculação do programa na formação da opinião pública, nada adiantando a declaração de inocência frente à condenação popular, oriunda da transmissão em rede nacional. Continuando o voto, o Ministro Salomão reconhece o direito ao esquecimento como desdobramento do direito a esperança, ou seja, o sujeito só conseguiria ser feliz e viver de forma digna se fosse esquecido pela opinião pública, principalmente pelo fato que de que nada deve à justiça criminal

Para o relator, o fundamento lógico do esquecimento está na interpretação dos princípios constitucionais e o fenômeno da constitucionalização do direito civil:

Esta Turma já afirmou, no julgamento do REsp. n. 1.183.378/RS, que, depois da publicização do direito privado, vive-se a chamada constitucionalização do direito civil, momento em que o foco transmutou-se definitivamente do Código Civil para a própria Constituição Federal, de modo que os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado (como família e propriedade) passaram a condicionar a interpretação da legislação infraconstitucional.

Como desdobramento lógico do postulado da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interpretação do diploma privado sobre a égide constitucional, a 4ª Turma do STJ entendeu pela condenação da TV Globo ao pagamento de R\$ 50.000,00 à vítima.

Nesse sentido, Sérgio Tibiriçá Amaral leciona que dependendo da situação é possível o uso do habeas data para a retirada de conteúdo publicado: “No caso de uma informação verdadeira, que viole a intimidade do respectivo titular, por abordar aspectos pertinentes a sua orientação sexual, deverá ser retirada” (2011, p. 380). Portanto, o referido remédio constitucional seria outra garantia para a efetivação do direito ao esquecimento. Há possibilidade do uso deste remédio constitucional para o “caso de informações sensíveis ilegitimamente recolhidas”, ou então, de informações de caráter pessoal que foram incluídas em quaisquer bancos de dados de forma ilegal. O raciocínio vai no sentido de que se a informação precisa de consentimento do titular para a divulgação, será considerada ilegal e se estiver em banco de dados sem esta, deverá ser retirada (AMARAL, 2011, p. 383).

Outrossim, no Supremo Tribunal Federal tramita também o caso “Aída Curi x Rede Globo”, caso este, interessantíssimo que assim como o da “Chacina da Candelária” questiona a existência do direito ao esquecimento, o estendendo também à pessoa da vítima falecida. Pois bem, na década de 50, uma senhorita chamada Aída Curi foi encontrada morta nas ruas de Copacabana, Rio de Janeiro, após suposto suicídio, ao despencar do terraço de um prédio. No entanto, fora comprovado pela perícia que não houve suicídio e sim suposto assassinato e possível tentativa de estupro de seus algozes.

Assim sendo, nos anos dois mil, o programa “Linha Direta Justiça” decidiu por recontar a referida história, buscando elucidar as nuances do caso que ocupou as páginas policiais da época. A fim de barrar a transmissão em rede nacional, a família de Aída Curi recorreu ao Poder Judiciário, tendo contudo, seu pedido julgado de

forma improcedente. Da mesma maneira, em recurso para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, houve a manutenção da improcedência concedida em primeira instância, num juízo de 2x1 votos. Ainda em recurso ao Superior Tribunal de Justiça, a Corte também julgou pela improcedência, mantendo as decisões anteriores, mas com divergência de 3x2 votos.

A defesa da vítima se concentrou no fato de que o crime já havia ocorrido há mais de 50 anos e a veiculação da tragédia faria renascer uma dor já estancada pelo tempo. Além do referido argumento a defesa caminhou no sentido de que o programa “Linha Direta Justiça” não possuía conteúdo jornalístico, tendo natureza mais propriamente dita de um filme com personagens, enredo e suspense, do que de um noticiário de cunho informativo, contudo tais argumentos não prosperaram.

Diante do exposto, em agravo ao recurso extraordinário (AgRext 833.248), o Supremo decidirá acerca da constitucionalidade ou não do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, a existência implícita do referido direito no ordenamento não é pacífica, sendo muito questionada pela doutrina pátria.

Em parecer muito bem fundamentado. Daniel Sarmento apresenta inúmeras críticas direcionadas ao direito ao esquecimento, defendendo a inconstitucionalidade e a falta de previsão legal deste. O referido autor apresentou parecer no Supremo Tribunal Federal no AgRext. 833.248 (caso Aída Curi), questionando as decisões proferidas pela 4ª Turma do STJ, nos respectivos casos “Chacina da Candelária” e no próprio “Aída Curi”.

Além de enfatizar que o direito ao esquecimento vai em contramão às tendências da História (principalmente no atual momento brasileiro e a necessidade de uma Comissão da Verdade para recontar fatos ocorridos durante o período militar), o reconhecimento deste direito poderia gerar uma irresponsabilidade coletiva, a ponto de se legitimar uma amnésia geral e possibilitar, até mesmo, que um condenado por desvios de bilhões dos cofres públicos, invocasse o referido direito (2015,p.18), segundo as palavras do referido doutrinador:

Na verdade, características do cenário nacional tornam especialmente grave o reconhecimento do direito ao esquecimento, nos termos formulados pelo STJ. Pode-se dizer que o problema brasileiro não é de

excesso de memória, mas de amnésia coletiva. Fatos embaraçosos da nossa trajetória são, com frequência, “empurrados para debaixo do tapete”, recobertos por um véu de silêncio e olvido. A falta de memória não se dá apenas em relação às violações de direitos humanos perpetradas durante a ditadura militar, mas também envolve inúmeros outros episódios importantes da vida e da história nacional, constrangedores para alguns dos seus partícipes ou para certos grupos sociais, cujas lições, por isso, acabam não sendo processadas e absorvidas pela sociedade. Esquecidos, desmemoriados, somos condenados a repetir indefinidamente os mesmos erros

Reconhecendo a existência do direito ao esquecimento em nosso ordenamento, o desafio maior está em regulamentar as hipóteses de incidência deste, dirimindo em quais casos específicos seria necessária sua aplicação. No entanto, questionando até mesmo o plano da existência, Sarmento traz a incompatibilidade do direito ao esquecimento frente a ordem constitucional vigente (2015 p.29):

O direito ao esquecimento, em primeiro lugar, não está consagrado em qualquer norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional. Na extensão que lhe atribuiu o STJ, ele tampouco pode ser extraído da Constituição pela via interpretativa – seja da garantia da privacidade, do princípio da dignidade da pessoa humana ou de qualquer outra cláusula - pois é claramente incompatível com nosso sistema constitucional, como já se demonstrou acima. Afinal, o esquecimento sobre fatos que envolvem interesse público não pode ser visto como um direito fundamental, em regime constitucional que se preocupa tanto com o acesso à informação, garante a memória coletiva e valoriza a História. A restrição não satisfaz, portanto, o requisito da reserva legal para restrição de direitos fundamentais

A conciliação entre o direito à liberdade de expressão e informação jornalística frente aos direitos da personalidade e o reconhecimento do direito ao esquecimento é complexa, devendo ser levada em consideração pelo legislador ou até mesmo o Supremo, que – em boa hora- julgará a demanda de modo a reconhecer ou não a existência do direito ao esquecimento e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente.

CONCLUSÕES

Diante de uma sociedade de informação se faz necessária atenção especial aos direitos da personalidade, sobretudo porque a eternização dos dados na rede de Internet corrobora para constantes e sucessivas violações aos direitos da personalidade.

Grande característica da violação dos direitos da personalidade na sociedade de informação- sobretudo na internet- é o fato de haver ampla divulgação de dados por todo o globo: assim, mediante simples “clique” se faz possível a violação maciça de inúmeros direitos.

O atual momento político brasileiro demonstra que a liberdade de informação é importante ferramenta para a defesa da democracia, tanto que passeatas são organizadas via internet, bem como, discussões, debates políticos e filosóficos o que torna as informações mais democráticas e acessíveis, ressaltando a importância destas como ferramentas para pressão popular frente a políticos. Exemplo prático do referido se deu há pouco tempo atrás, devido as passeatas com intuito da decretação do impeachment de uma Presidente da República, tais manifestações foram organizadas via internet.

Portanto, chegamos em um estágio acerca da liberdade de expressão que – qualquer tipo de limitação- pode soar com tom sancionatório.

Embora seja uma ferramenta importantíssima, se faz necessária a imposição de limites e individualização da responsabilidade daqueles que utilizam a internet, sobretudo quando ocorrem agressões e violações aos direitos da personalidade.

Nesta linha, a existência ou não de um direito ao esquecimento é uma discussão extremamente polêmica e pertinente ao Estado Constitucional. É inegável, por exemplo, que no caso “Daniel Echaniz” (mencionado nas laudas anteriores), este, gozaria do direito ao esquecimento, sobretudo com o habeas data enquanto garantia, visto que trata-se de sujeito que fora condenado pela opinião pública sem fundamento algum, e que provou ainda sua inocência na justiça.

Por outro lado, com o referido direito surgem questões relevantes como: em quais casos deve ser aplicado, quais os limites para sua aplicação para que não haja risco da ocorrência de “amnésia coletiva”, conforme menciona o ilustre doutrinador Daniel

Sarmiento (2015,p.18), citado anteriormente. Noutras palavras, diante de um caso concreto, se Adolf Hitler estivesse vivo ou até mesmo seus familiares, passados tantos anos, teria ele o direito de ser esquecido?

Portanto, aliar o direito ao esquecimento frente à liberdade de expressão é uma obra extremamente complexa e delicada. Acredita-se ainda que o legislador brasileiro perdeu grande oportunidade de regulamentar a incidência do direito ao esquecimento na Lei 12.965/14. Tal regulamentação seria de suma importância, já que possibilitaria a descrição de condutas que se enquadrariam nas hipóteses chanceladas pelo esquecimento. Seria interessante para o ordenamento jurídico a criação de legislação infraconstitucional que trouxesse um rol não exaustivo de hipóteses que configurariam o direito ao esquecimento, proporcionando consequentemente maior segurança jurídica.

Por outro lado, a internet é uma arma extremamente poderosa, visto que trata-se do veículo de informação que mais atinge a população brasileira, motivo pelo qual seus impactos podem ser catastróficos, por isso a necessidade da aplicação da ponderação quanto ao direito ao esquecimento.

O direito ao esquecimento dificilmente terá plena eficácia diante do poder da internet em manter os conteúdos de forma e tempo indefinidos, uma vez lançada na rede não existe controle de quem teve acesso a determinada informação ou se houve download ou replicação daquela. Isto sem falar no infinito acervo de conteúdos disposto na “Deep Web”, a chamada “Internet profunda”, onde pode se encontrar qualquer tipo de informação e o controle quanto ao acesso, downloads e publicações é ainda mais complexo. Diante da falta de controle proporcionada pela internet, há necessidade da criação de lei infraconstitucional para regulamentação do direito ao esquecimento.

Por fim até que se busque maior consolidação na segurança e melhor aparelhamento das postagens na internet, torna-se imprescindível a existência do direito ao esquecimento, principalmente quando presente a violação aos direitos da personalidade, uma vez que tal violação provoca danos gigantescos a direitos extremamente valiosos, como honra, intimidade e privacidade, dentre outros.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Parâmetros constitucionais do direito à liberdade de expressão na Internet**. 2011. 485 f. Tese (Doutorado em Direito) – Instituição Toledo de Ensino de Bauru. ITE Bauru. Bauru. 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**, 15ª Ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Revista de direito administrativo, v. 235, p. 1-36, 2004.

BAUZÁ, Marcelo. **La protección de datos personales y su armonización con otros derechos y las políticas de e-gobierno**. In: Derechos Humanos y Protección de Datos Personales em el Siglo XXI. Homenaje a Cinta Castillo Jiménez. Barcelona: Punto Rojo Libros, 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2ª Região). TRT/SP, 11ª Turma, Acórdão nº 20101107956, Juiz Relator: EDUARDO DE AZEVEDO SILVA, Data da publicação: 11-11-2010

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AgRext 833.248. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicações e participações S/A. Relator: Min. Dias Toffoli.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Resp.1.334.097/RJ. Recorrente: GLOBO COMUNICAÇÕES E PARTICIPAÇÕES S/A. Recorrido: JURANDIR GOMES DE FRANÇA Relator: Min. Luis Felipe Salomão

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª Edição. Coimbra. Editora Almedina, 2002.

CICCO, Cláudio De; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 7ª Ed. São Paulo : Editora Revistas dos Tribunais , 2016.

CUEVA, Pablo Lucas Murillo de La. **Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativall. Revista de Internet, Derecho y Política**. nº 5. Catalunya: Universitat Oberta de Catalunya, 2007.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento: proteção da intimidade e ambiente virtual**. Curitiba: Juruá, 2017

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Brasília : Revista de Informação Legislativa, 2009.

MARTÍNEZ, Ricard Martínez. **El derecho fundamental a laprotección de datos: perspectivas. Revista Internet, Derecho y Política**. nº 05. Catalunya: Universitat Oberta de Catalunya, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 1 ed. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª Ed. Salvador . Ed. Jus Podivm, 2016.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PERÚ. EVALUACIÓN Y CAMBIOS AL MODELO CONSTITUCIONAL DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz¹

INTRODUCCIÓN

Garantizar la existencia de jueces y fiscales idóneos para ejercer las funciones de Administración de Justicia y Garante de la Legalidad son primordiales para el desarrollo de un país; por ello todo Estado de Derecho debe contar con reglas que garanticen procesos justos de selección de magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público.

En el caso del Perú, tanto la Constitución Política de 1979 como la de 1993, han previsto la existencia del Consejo Nacional de la Magistratura; si bien la conformación y funcione de dicha entidad pública han variado al compararse las dos Constituciones, lo cierto es que se ha reconocido la enorme importancia que supone elegir a las personas que ejercerán los cargos de Administración de la Justicia o del Ejercicio de la Acción Penal y Defensa de la Legalidad.

A pesar de los años transcurridos desde la aprobación de la Constitución Política de 1993, los hechos puestos en conocimiento por medios de comunicación en julio del año 2018, han evidenciado graves problemas en el funcionamiento del Consejo Nacional de la Magistratura, así como de situaciones objeto de investigación al interior de dependencias del Poder Judicial y del Ministerio Público.

¹ Abogado, Magíster y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Profesor Contratado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Sedes Sapientiae. asotomayorv@gmail.com.

Creemos que es importante evaluar las reglas constitucionales y legales que rigen al Consejo Nacional de la Magistratura, a fin de evitar futuras crisis y/o cuestionamientos al actuar de una institución tan importante para el Estado de Derecho.

1 LA IMPORTANCIA DE LA CORRECTA SELECCIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL PODER JUDICIAL Y DEL MINISTERIO PÚBLICO

El servicio público de Administración de Justicia es una de las principales tareas a cargo del Estado, es una de las razones de ser ya que de lo contrario, la solución de conflictos o controversias estaría sujeta a la propia decisión, acciones de fuerza y violencia de las personas, lo que nos convertiría en una suerte de jungla, sin estabilidad en las reglas ya que todo sería solucionado de forma subjetiva por las propias personas usando la fuerza, la amenaza u otras acciones subjetivas ilegítimas.

El Derecho supone establecer el orden en la sociedad, para lo cual se debe contar con estabilidad jurídica y fiel cumplimiento de las normas, así como garantizar que las decisiones de los organismos del Estado, en especial los vinculados con la Administración de Justicia, estén sujetos a los valores éticos, jurídicos, sociales, respetando el Estado de Derecho.

La Administración de Justicia es vital para una sociedad, ya que entre personas, empresas u organizaciones suelen no siempre respetarse los acuerdos o pueden surgir conflictos, incluso la comisión de delitos no es algo deseado pero si previsto por el ordenamiento jurídico (el Derecho Penal existe para sancionar esas conductas antijurídicas y culpables no deseadas por las personas que obran de buena fe).

Es vital una oportuna y correcta Administración de Justicia por parte del Estado, y cabe preguntarse si no es acaso más importante saber que los Jueces y Fiscales que participan en los procesos judiciales como importantes actores (decisores en el caso de los jueces, y acusadores en el caso de los fiscales penales) sean correctamente elegidos, no sólo para que sean los mejores profesionales del Derecho los que ejerzan tales funciones, sino que también sean ellos personas que encarnan a la Justicia y al Estado de Derecho.

Para que una sociedad puede desarrollarse con arreglo a la Constitución y parámetros mínimos de un Estado de Derecho, sus Jueces y Fiscales deben ser personas muy probas, rectas, honorables, éticas y competentes, y su elección no puede estar manchada o afectada por la menor duda o distorsión.

2 EVOLUCIÓN DE LA MISIÓN, FUNCIONES Y ROL DESEMPEÑADO POR EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Lo primero que debemos señalar es que de conformidad con lo establecido por el artículo 150° de la Constitución Política del Perú del año 1993², el Consejo Nacional de la Magistratura es un organismo público responsable de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales, salvo cuando éstos provengan de elección popular; conforme al mismo artículo 150° dicha entidad es independiente y se rige por su Ley Orgánica, Ley N° 26397.

El modelo de la Constitución Política del Perú del año 1993, ha considerado al Consejo Nacional de la Magistratura como un organismo constitucionalmente autónomo, ello con la finalidad de garantizar su independencia de toda presión política, social o económica.

El rol del Consejo Nacional de la Magistratura se detalla en el artículo 2 de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, indicando que a dicho organismo constitucionalmente autónomo le corresponde la selección, nombramiento, ratificación y destitución de los jueces y fiscales de todos los niveles, con el único limitante de que no puede ejercer funciones cuando los magistrados hayan accedido a la función jurisdiccional por elección popular, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 28545, Ley que regula la elección de los jueces de paz, conforme a lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitución Política del Estado.

En el caso de la elección de jueces de paz, el Consejo Nacional de la Magistratura sólo está facultado a extender el título y aplicar la sanción de destitución en los casos que corresponda, y

² En:

https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/procesoselectorales/Documentos%20%20Procesos%20electorales/Elecciones%20Regionales%20y%20municipales%202014/Constitucion%20politica/CONSTITUCION-POLITICA-DEL-PERU.pdf.

luego de haber brindado las garantías de respeto al principio de legalidad y al debido proceso.

Cabe indicar que la institución del Consejo Nacional de la Magistratura tuvo un antecedente en la Constitución Política del Perú del año 1979, conforme a sus disposiciones establecidas en los artículos 245° al 249°.

El Consejo Nacional de la Magistratura de la Constitución Política del Perú del año 1979 ejercía sus funciones de la siguiente manera:

- Proponía al Presidente de la República el nombramiento de los Magistrados Corte Suprema y de las Cortes Superiores.
- El Senado ratificaba los nombramientos de los Magistrados de la Corte Suprema.
- Recibía denuncias sobre la actuación de los magistrados de la Corte Suprema. Las califica, las cursa la Fiscal de la Nación si hay presunción de delito, y a la propia Corte Suprema para la aplicación de medidas de carácter disciplinario.

El Consejo Nacional de la Magistratura previsto por la Constitución Política del Perú del año 1979, estaba integrado por:

- El Fiscal de la Nación que lo presidía.
- Dos Representantes de la Corte Suprema.
- Un Representante de la Federación Nacional del Colegio de Abogados del Perú.
- Un Representante del Colegio de Abogados de Lima.
- Dos Representantes de las Facultades de Derecho de la República.

Con la Constitución Política de 1979, la elección de los Miembros del Consejo era por un periodo de tres (3) años y la función era remunerada con dietas fijadas en el Presupuesto General de la República. Las reglas laborales derivadas de la vigente Constitución Política de 1993, colocan a los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura como Vocales Supremos, con lo cual su remuneración mensual es la equivalente a la que perciben los congresistas o ministros.

Podemos afirmar que el Consejo Nacional de la Magistratura de 1979 estaba limitado en sus funciones, ya que sólo podía alcanzar

propuestas al Presidente de la República para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores; lo que ha cambiado notoriamente con el modelo constitucional del año 1993 ya que la entidad se ha convertido en un organismo constitucionalmente autónomo, el cual labora en forma permanente durante todo el año y que es el responsable de tomar las decisiones de permitir el acceso a la magistratura, la promoción de jueces y fiscales, así como la destitución y ratificación de los mismos.

El ejercicio de las funciones asignadas a los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura con el modelo constitucional del año 1993, no está sujeto a la voluntad del Presidente de la República ni del Congreso; con lo cual se corrobora que es un organismo constitucionalmente autónomo.

Sin perjuicio de lo antes señalado, debemos indicar que con la Constitución Política del Perú de 1993, también se ha dejado de lado la existencia de los Consejos Distritales de la Magistratura previstos por la Carta Magna del año 1979, y que era la responsable de elaborar las propuestas de jueces de las Cortes Superiores de Justicia, con el modelo constitucional de 1993, las funciones ejercidas por los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura no sólo son autónomas y libres, sino que tienen alcance nacional, tanto respecto de los Magistrados del Poder Judicial como del Ministerio Público.

Cabe resaltar, que con la Constitución Política del Perú de 1993, el Consejo Nacional de la Magistratura también es responsable de la designación del Jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, así como en la elección del Jefe del Registro Nacional de Identificación y Estado.

3 LOS REQUISITOS PARA SER MIEMBRO DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Conforme a las disposiciones del artículo 5 de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, concordante con el artículo 156 de la Constitución Política del Perú de 1993, los requisitos para ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura son los siguientes:

- Ser peruano de nacimiento.
- Ser ciudadano en ejercicio.
- Ser mayor de cuarenta y cinco años.

Los requisitos exigidos para ser miembro del Consejo Nacional de la Magistratura, son los mismos que los exigidos para ser Magistrado Supremo, conforme a las disposiciones del artículo 147 de la Constitución Política del Perú.

La lectura de los requisitos debe complementarse con las disposiciones del artículo 155° de la Constitución, norma que señala lo siguiente:

- Un Miembro es elegido por la Sala Plena de la Corte Suprema.
- Un Miembro es elegido por la Junta de Fiscales Supremos.
- Un Miembro es elegido por votación de los miembros de los Colegios de Abogados del país.
- Dos Miembros son elegidos por votación secreta, por parte de los miembros de los demás Colegios Profesionales del país.
- Uno Miembro es elegido en votación secreta por los rectores de las universidades nacionales.
- Un Miembro es elegido en votación secreta por los rectores de las universidades particulares.

Podríamos afirmar que para ser Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura no se valoran las calificaciones de la persona elegida, es decir que no se le exigen por ejemplo:

- Evaluación objetiva de sus calificaciones profesionales.
- Evaluación de su conducta personal.
- Evaluación de su conducta durante el ejercicio profesional.
- Evaluación de logros académicos.
- Evaluación de aspectos éticos.
- Evaluación de su comportamiento con el entorno familiar.
- Valores democráticos de la persona.
- Evaluación de posibles riesgos litigiosos.

Los siete (7) Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos por un periodo de cinco (5) años, a diferencia de los tres (3) años señalados por la Constitución Política del Perú de 1979.

También debemos resaltar que los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura pasaron de ser miembros de un Cuerpo Colegiado por el cual percibían dieta en función del número de

sesiones, a ser personal remunerado con los mismos privilegios que los Jueces o Fiscales Supremos.

En líneas generales podríamos decir que los requisitos son fáciles de cumplir, ya que en el caso de la edad, basta con que supere los 45 años, y con la nacionalidad basta con haber nacido en territorio peruano (aunque sus ascendientes tengan vinculación con nacionalidades extranjeras), y sólo basta que la persona elegida tenga cierta simpatía o popularidad por parte de los propios magistrados de la Sala Plena de la Corte Suprema del Poder Judicial o de la Junta de Fiscales Supremos, o que hayan podido captar la atención de los votantes de las diferentes instituciones de la Sociedad Civil (Colegios de Abogados del país, Colegios Profesionales, Universidades Privadas y Universidades Públicas).

Nuestras críticas a las disposiciones de los artículos 155 y 156 de la Constitución Política del Perú de 1993, serían las siguientes:

- Considerando que los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura tendrán entre sus responsabilidades la elección y ratificación de los Jueces y Fiscales Supremos, no resulta conveniente exigirles una edad mínima de 45 años.
- Se deberían considerar requisitos vinculados a los aspectos éticos, democráticos, profesionales y familiares de los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, así como los antecedentes crediticios, penales, policiales y judiciales.
- Teniendo en cuenta que los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura eligen a los Jueces y Fiscales Supremos, debería establecerse un perfil mínimo a ser tomado en cuenta antes de la votación secreta, o en todo caso, no permitir que los propios magistrados (intereses directamente y con posibles conflictos de intereses) elijan a Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura.
- La Sociedad Civil no solamente son los Colegios Profesionales y las Universidades, públicas o privadas.

Si sólo se toma como requisito la edad mínima de 45 años, sólo se está tomando en cuenta una trayectoria de vida profesional de aproximadamente 22 años, asumiendo que la persona designada

para integrar el Consejo Nacional de la Magistratura haya obtenido su título profesional a los 23 años de edad.

Contar con una experiencia de 22 años de vida profesional es importante, pero considerando que los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura evaluarán y ratificarán a profesionales del Derecho que accede a los cargos de Jueces o Fiscales Supremos, cuyas edades fluctúan entre los 45 y 70 años de edad, creemos lo recomendable sería que las edades de los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura representasen por lo menos 30 años de vida profesional, con lo cual una edad recomendable podría ser los 60 años, es decir una diferencia mínima de 15 años frente a un postulante al cargo de Juez o Fiscal Supremo que al momento de presentarse a la evaluación tuviese 45 años de edad.

Al ser los Miembros Consejo Nacional de la Magistratura de una edad mucho mayor que los postulantes para el acceso a los cargos de Jueces o Fiscales Supremos, ellos les permite eliminar, reducir o evidenciar los posibles conflictos de intereses con los postulantes, si el que evaluado es la misma edad que el evaluador (por ejemplo entre el rango de 45 a 50 años de edad, el evaluado y evaluador podrían ser de la misma universidad o tener amistades comunes o cercanas, o incluso haber laborado en el mismo centro de trabajo).

Los aspectos éticos, democráticos, psicológicos, profesionales y familiares de toda persona son fundamentales, ya que evidencia rasgos de nuestra personalidad y de nuestra voluntad y alma, una persona a lo largo de su vida debe cuidar su propio nombre, honor y dignidad, ya que ello será la principal herencia que dejará a sus descendientes y demás parientes.

Una persona que carece de ética por ejemplo, a lo largo de su vida debe haber registrado algún incidente que ponga en evidencia que actúa sólo en función de sus propios intereses, sin pensar en el interés público, y ello demostraría que no debería ser elegido como un alto funcionario público.

Los aspectos éticos y democráticos son tan importantes que en el Perú la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, en su artículo 6 ha dispuesto los siguientes principios que rigen la Función Pública, los cuales deben ser cumplidos por todo servidor público:

1. Respeto

Adecua su conducta hacia el respeto de la Constitución y las Leyes, garantizando que en todas las fases del proceso de toma de decisiones o en el cumplimiento de los procedimientos administrativos, se respeten los derechos a la defensa y al debido procedimiento.

2. Probidad

Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona.

3. Eficiencia

Brinda calidad en cada una de las funciones a su cargo, procurando obtener una capacitación sólida y permanente.

4. Idoneidad

Entendida como aptitud técnica, legal y moral, es condición esencial para el acceso y ejercicio de la función pública. El servidor público debe propender a una formación sólida acorde a la realidad, capacitándose permanentemente para el debido cumplimiento de sus funciones.

5. Veracidad

Se expresa con autenticidad en las relaciones funcionales con todos los miembros de su institución y con la ciudadanía, y contribuye al esclarecimiento de los hechos.

6. Lealtad y Obediencia

Actúa con fidelidad y solidaridad hacia todos los miembros de su institución, cumpliendo las órdenes que le imparta el superior jerárquico competente, en la medida que reúnan las formalidades del caso y tengan por objeto la realización de actos de servicio que se vinculen con las funciones a su cargo, salvo los supuestos de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, las que deberá poner en conocimiento del superior jerárquico de su institución.

7. Justicia y Equidad

Tiene permanente disposición para el cumplimiento de sus funciones, otorgando a cada uno lo que le es debido, actuando con equidad en sus relaciones con el Estado, con el administrado, con sus superiores, con sus subordinados y con la ciudadanía en general.

8. Lealtad al Estado de Derecho

El funcionario de confianza debe lealtad a la Constitución y al Estado de Derecho. Ocupar cargos de confianza en regímenes de facto, es causal de cese automático e inmediato de la función pública.³

Si bien los principios rectores dispuesto por la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, no están recogidos en los artículos vinculados con los requisitos que debería cumplir los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, ni tampoco han sido considerados por las disposiciones de la Ley Orgánica de dicho organismo constitucionalmente autónomo, creemos que nada

³ En: <https://www.presidencia.gob.pe/normas/Ley27815.pdf>.

impediría que al momento de la designación de dichos funcionarios, se valoren estos aspectos, y que pudiesen justificarse tachas sustentadas en la infracción a la ética y valores democráticos o familiares.

En cuanto a los aspectos familiares, que en el Perú existen diferentes disposiciones legales que evalúan y sancionan civilmente determinadas inconductas familiares, ejemplos de ello son las disposiciones del Libro de Familia del Código Civil de 1984 referidas a la filiación extramatrimonial y las obligaciones alimentarias, en el caso de las normas dispuestas por el Código del Niño y del Adolescente (Ley N° 26102 del año 1992 y sus diferentes modificaciones) podemos resaltar las normas referidas a la pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad; por último en el caso de la Ley N° 28970, norma en virtud de la cual se creó el "Registro de Deudores Alimentarios Morosos" se busca sancionar a los deudores alimentarios morosos, impidiéndoles por ejemplo acceder a laborar en entidades públicas.

Queda claro que los aspectos familiares son importantes, y que por ejemplo no se debería elegir como Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura a una persona que ha tenido o tiene algún proceso judicial vinculado con temas de familia, ya que ello pone en evidencia, en el mejor de los casos, que no ha podido solucionar conflictos por la vía de la negociación directa o la conciliación, y que el tener que discutirlos en la vía judicial, ello le podría generar conflictos de intereses al momento de ejercer el cargo de Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura en los procesos de evaluación o de ratificación de magistrados.

También creemos que la existencia de antecedentes negativos policiales, judiciales o penales, deberían ser objeto de evaluación al momento de la elección de un Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura.

Por el lado de la Religión Católica, debemos recordar que en el siglo IV D.C. el monje Evagrio Póntico había escribió en griego sobre los ocho vicios malvados, siendo ellos clasificados de la siguiente manera:

Los vicios vinculados con el deseo de posesión:

- Gula y Ebriedad.
- Avaricia.

- Lujuria.
- Vanagloria o Vanidad.

Los vicios irascibles o más bien carencias o privaciones:

- Ira.
- Pereza.
- Tristeza.
- Orgullo.

A lo largo de los siglos, los ocho pecados se fueron repitiendo y objeto de interpretación, hasta que en el siglo VI, el papa romano san Gregorio Magno tomó la decisión de reducir los vicios a siete, ya que consideró que la tristeza era una manifestación de la pereza, por lo que los siete vicios o pecados capitales fueron los siguientes:

- Lujuria
- Pereza
- Gula
- Ira
- Envidia
- Avaricia
- Soberbia

Hemos resumido la historia de los siete vicios o pecados capitales, con la finalidad de resaltar la idea de que tan importante que las personas tengan parámetros de conducta en sociedad; y de esa forma explicar que los principios recogidos por el artículo 6 de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, son esa suerte de parámetros a ser tomados en cuenta al momento de elegirse a un Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura.

4 LOS IMPEDIMENTOS Y REGLAS APLICABLES A LOS MIEMBROS DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

La Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura⁴, en sus artículos 8°, 9° y 10° establece determinadas prohibiciones y reglas aplicables a los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, y en el artículo 11° establece las

⁴ En:
<https://www.cnm.gob.pe/webcnm/archivos/pdf/2011/marcolegal/Ley%20Organica/Ley26397+LEY+ORGANICA+CNM.pdf>.

causales de vacancia del cargo. El artículo 157° de la Constitución Política del Perú de 1993 establece la posibilidad de remover a los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura por causa grave, para lo cual es necesario que el Congreso de la República lo acuerde mediante el voto conforme de los dos tercios del número legal de miembros⁵.

En el artículo 6° de la Ley Orgánica, se señala quienes no pueden ser elegidos como Miembros del Consejero Nacional de la Magistratura, lo que supone un listad de personas que no pueden ocupar dichos cargos:

- El Presidente de la República, los Vicepresidentes, los Representantes al Congreso, el Contralor General de la República, el Subcontralor General de la República, los Ministros de Estado, los Viceministros y Directores Generales de los Ministerios, los miembros activos del Poder Judicial y del Ministerio Público, los funcionarios que ejercen autoridad política, los Alcaldes y los demás impedidos por ley, mientras están en el ejercicio de sus funciones y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo.
- Magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público que han sido objeto de destitución o separación.
- Profesionales que han sido inhabilitados por sentencia judicial.
- Personas condenadas o que siendo objeto de procesos judiciales penales por delito doloso.
- Personas declaradas en estado de quiebra culposa o fraudulenta.
- Persona que adolece de una incapacidad física o psíquica que los inhabilite para ejercer el cargo.
- Persona que pertenezcan a organizaciones políticas y no hayan obtenido licencia de la organización a la que pertenecen al momento de postular al cargo de consejero.
- Persona inscrita en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

⁵ En:
https://portal.jne.gob.pe/portal_documentos/files/procesoselectorales/Documentos%20%20Procesos%20electorales/Elecciones%20Regionales%20y%20municipales%202014/Constitucion%20politica/CONSTITUCION-POLITICA-DEL-PERU.pdf.

El artículo 7° de la Ley Orgánica va de la mano con lo dispuesto por el artículo 6°, ya que si se elige a una persona que está impedida de ejercer el cargo de Consejero, se dispone proceder a su separación conforme a lo previsto por el artículo 13 de la misma Ley.

En el artículo 8° se señala que la función de Consejero es ejercida a tiempo completo, por lo que a los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura les está prohibido desempeñar cualquier otro cargo público o privado, incluso no se les permite ejercer cualquier profesión u oficio, y sólo existe la posibilidad de laborar o prestar servicios como docente universitario.

El artículo 8° también señala que constituye causa grave en el ejercicio del cargo, el hecho de que un Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura acepte llevar a cabo o propiciar reuniones o comunicaciones con los postulantes a juez o fiscal, sea ello en los concursos públicos de méritos y evaluación personal, en los procesos de ascenso, o en los procesos de ratificación o procedimiento disciplinario. El artículo 8° se vincula con lo establecido por el artículo 157° de la Constitución Política del Perú.

Si un Miembro del Consejo Nacional de la Magistratura realiza reservadamente gestión alguna ante autoridades judiciales, fiscales o administrativas, en favor o representación de sí mismo o de terceras personas, le será de aplicación la figura delictiva prevista por el artículo 385° del Código Penal.

En el artículo 9° de la Ley Orgánica, se ha establecido la prohibición de que simultáneamente no pueden ser Miembros del Consejo, los cónyuges y los parientes en la línea recta ni los colaterales dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; dicha norma busca evitar una concentración del poder decisiones al interior del Cuerpo Colegiado.

También existe una prohibición en el artículo 10° de la Ley Orgánica, la cual es aplicable a los Miembros del Consejo en ejercicio de sus funciones, ellos no pueden postular a los cargos cuyo nombramiento corresponde efectuar al Cuerpo Colegiado, lo que es una prohibición derivada de los conflictos de intereses que se podrían generar; sin embargo se podría interpretar que vez finalizado el plazo de elección del Miembro del Consejo, ésta persona sí podría legalmente postular a ser juez, fiscal o titular del RENIEC o de la ONPE, lo que no nos parece correcto desde el punto de vista ético.

Las situaciones de vacancia del cargo de Miembro del Consejero Nacional de la Magistratura, están prevista por el artículo 11° de la Ley Orgánica, y dichas causales son las siguientes:

- Por muerte.
- Por renuncia.
- Por vencimiento del plazo de designación.
- Por incapacidad moral o psíquica o incapacidad física permanente.
- Por incompatibilidad sobreviniente.
- Por incurrir en culpa inexcusable en el cumplimiento de los deberes inherentes a su cargo.
- Por violar la reserva propia de la función.
- Por haber sido condenado por la comisión de delito doloso, mediante sentencia consentida o ejecutoriada.
- Por no reincorporarse en sus funciones dentro de los cuatro días siguientes del vencimiento de la licencia.

Adicionalmente el artículo 11° ha dispuesto que los cargos de los Miembros Adicionales (previstos por el artículo 17° de la Ley Orgánica), vacan en la fecha en que expiran los nombramientos de los Consejeros Principales decidieron la ampliación del número de miembros.

A pesar que las prohibiciones y reglas dispuestas por la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, han buscado evitar situaciones ilegales o contrarias a la ética, la redacción no ha sido la mejor, y permite situaciones ilógicas que pueden representar conflictos éticos.

5 LA EXPOSICIÓN DE LOS MIEMBROS DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA AL PODER POLÍTICO, COMPARACIÓN CON EL JURADO NACIONAL DE ELECCIONES Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lo que se ha buscado con el sistema de elección de los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura es alejarlo de influencias políticas, sea de los Poderes del Estado o de las agrupaciones políticas; incluso se ha buscado acercar la institución más a la Sociedad Civil al establecer que determinados actores como los Colegios Profesionales y las Universidades, y permitiendo de esta

forma que no todos los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura sean de formación profesional abogados.

En los casos de otros organismos constitucionalmente autónomos, el Jurado Nacional de Elecciones y el Tribunal Constitucional, la totalidad de sus integrantes son de formación profesional abogados, por lo que cabe preguntarse por qué razones en estos casos la Constitución Política de 1993 estableció estas reglas.

Para dar una respuesta al por qué de los diferentes requisitos exigidos para los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, Jurado Nacional de Elecciones y Tribunal Constitucional, es preciso señalar que en los tres casos, los integrantes deben cumplir con estos requisitos comunes:

- Ser peruano de nacimiento.
- Ser ciudadano en ejercicio.
- Ser mayor de cuarenta y cinco años.

Una razón para exigir que los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal Constitucional, sean abogados se sustenta en que dichos organismos administraran justicia, el primero de ellos en materia electoral y el segundo en materia constitucional. Al ser Cuerpos Colegiados que resolverán controversias jurídicas, se considera necesario que ellos cuenten con formación jurídica ya que interpretarán e integrarán normas jurídicas.

En el caso del Tribunal Constitucional, la Constitución Política de 1993 no ha logrado alejar de la influencia política la elección de los siete (7) Magistrados Constitucionales, ya que es el Pleno del Congreso de la República que por mayoría calificada debe elegir a los Miembros del Tribunal Constitucional, y la Carta Magna sólo ha considerado la posibilidad de elegir a Miembros Titulares, ya que no habrán Miembros Suplentes o Accesorios. Hay un enorme peso político en estas designaciones, por lo no bastará cumplir con los requisitos establecidos por la Constitución, sino que se debe añadir el contar con el apoyo de las diferentes organizaciones políticas que conforma el Poder Legislativo.

A diferencia del Tribunal Constitucional, la elección de los Miembros del Jurado Nacional de Elecciones sí se aleja un poco de la presión o poder político, ya que sus cinco (5) Miembros son elegidos por cinco actores diferentes:

- Un Miembro es elegido por la Sala Plena de la Corte Suprema, que preside el Jurado Nacional de Elecciones.
- Un Miembro es elegido por la Junta de Fiscales Supremos.
- Un Miembro es elegido por votación de los miembros del Colegio de Abogados de Lima.
- Un Miembro elegido por votación de los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas.
- Un Miembro elegido por votación de los Decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas.

Lo que podemos resaltar es que el concepto Sociedad Civil en el caso del Jurado Nacional de Elecciones está asociado al Colegio de Abogados de Lima y a los Decanos de las Facultades de Derecho del país (sean públicas o privadas).

Nos llama la atención que en el caso del Jurado Nacional de Elecciones, a diferencia del Consejo Nacional de la Magistratura, se haya considerado el voto de los Decanos de las Facultades de Derecho del país y no de los Rectores de las universidades (quienes pueden ser de otras profesiones diferentes a la Abogacía), creemos que he allí un factor para criticar a la Constitución Política de 1993 cuando ha establecido quienes representan a la Sociedad Civil.

En el caso del Jurado Nacional de Elecciones, observamos que son los profesionales del Derecho (integrantes de la Sociedad Civil) quienes eligen a los Miembros, y ello debió ocurrir en el caso del Consejo Nacional de la Magistratura, y no establecer que personas sin formación jurídica puedan elegir y ser elegidos, teniendo en cuenta que poco conocerán de normas jurídicas o de las realidades del Poder Judicial o del Ministerio Público.

Para cerrar este punto, creemos que visto de modo crítico, resulta difícil comprender a cabalidad las reglas constitucionales para la elección de los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, del Jurado Nacional de Elecciones y del Tribunal Constitucional.

6 LA CRISIS Y SITUACIÓN DE EMERGENCIA DEL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA DE PERÚ

En el mes de julio del año 2018, IDL Reporteros y Panorama difundieron audios de escuchas telefónicas sobre conversaciones

sostenidas entre magistrados del Poder Judicial (Corte Suprema de la República y Corte Superior del Callao) así como de algunos Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; los audios para la opinión pública revelarían infracciones a la ética de la función pública, e incluso la posible comisión de ilícitos penales.

Sin perjuicio de lograrse determinar responsabilidades éticas y penales, los audios difundidos para un medio de comunicación muestra preocupantes conversaciones, considerando los cargos públicos que ocupan (u ocupaban) las personas grabadas⁶.

Los audios no sólo han generado investigaciones al interior del Consejo Nacional de la Magistratura, por parte del Congreso de la República y por el lado del Ministerio Público, a ello se han sumado las renunciaciones de Miembros Titulares y Accesorios del Consejo Nacional de la Magistratura⁷, la renuncia del Ministro de Justicia y Derechos Humanos, la suspensión del Juez Supremo, señor César Hinostroza Pariachi, la suspensión del jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (señor Adolfo Castillo)⁸, y también la renuncia de un Juez Superior de la Corte Superior de Justicia del Callao⁹.

La grave situación por la que atraviesa el Consejo Nacional de la Magistratura, como consecuencia de la difusión de los audios de las grabaciones telefónicas, motivó a que el señor Presidente de la República, ingeniero Martín Alberto Vizcarra Cornejo, al amparo de lo establecido por el artículo 157 de la Constitución Política de 1993, convocó al Congreso de la República para una legislatura extraordinaria a llevarse a cabo el día viernes 20 de julio, publicándose en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 076-2018-PCM¹⁰.

La sesión congresal del día 20 de julio tuvo como resultado que el Congreso de la República aprobase la remoción de los

⁶ En: <https://www.americatv.com.pe/cuarto-poder/idl-reporteros-revelo-escandalosos-audios-entre-miembros-cnm-y-algunos-jueces-noticia-88991>.

⁷ En: <https://diariocorreo.pe/politica/renuncian-todos-los-miembros-del-consejo-nacional-de-la-magistratura-fotos-831020/>.

⁸ <https://elcomercio.pe/politica/renuncias-sanciones-raiz-audios-genero-crisis-cnm-noticia-537808>.

⁹ En: <https://larepublica.pe/politica/1281463-audios-cnm-renuncias-suspensiones-escandalo-judicial-cesar-hinostroza-walter-rios>.

¹⁰ En: <https://andina.pe/agencia/noticia-ejecutivo-publica-decreto-supremo-convoca-a-legislatura-extraordinaria-717835.aspx>.

Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, con una votación de 118 Congresistas a favor de la propuesta de remoción¹¹.

El día lunes 23 de julio, el Congreso de la República aprobó la ley que declaró en emergencia al Consejo Nacional de la Magistratura, con 107 votos a favor la propuesta legislativa¹². La Ley N° 30833, publicada el 28 de julio del 2018 norma consideró los siguientes seis (6) puntos¹³:

- Declaratoria de emergencia hasta por nueve (9) meses del organismo constitucional, con la finalidad de llevar a cabo un proceso de reevaluación y reestructuración tanto de la composición, objeto, funciones, como de la estructura orgánica de dicha institución.
- Suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, hasta finalizar con el periodo de emergencia.
- La responsabilidad de la administrativa y representación del Consejo Nacional de la Magistratura (es decir la Titularidad del Pliego Presupuestal), en virtud de dicha ley, ha sido encargada al funcionario público titular más antiguo y que tenga mayor nivel o rango jerárquico (ejerciendo las facultades previstas para el Director General del Consejo Nacional de la Magistratura, en coordinación con el Órgano de Control Institucional); la delegación de responsabilidad es hasta la culminación del periodo de declaratoria de emergencia.
- La norma aprobada también tiene efectos jurídicos respecto de las relaciones jurídicas laborales de los funcionarios y servidores públicos contratados bajo el régimen de confianza, la norma dispone el cese inmediato en sus funciones con la entrada en vigencia de la ley (es decir una suerte de cese colectivo derivado de la situación de emergencia). En el caso del personal sujeto al régimen

¹¹ En:
<https://gestion.pe/peru/politica/congreso-aprueba-remocion-integrantes-cnm-239149>.

¹² En:
<https://peru21.pe/politica/cnm-congreso-aprobo-declararlo-emergencia-nueve-meses-416466>.

¹³ En:
<http://rpp.pe/politica/congreso/estos-son-los-puntos-de-la-ley-que-declara-en-situacion-de-emergencia-el-cnm-noticia-1138615>.

de Contratación Administrativa de Servicios de acuerdo, al Decreto legislativo 1057, Locación de Servicios y otras modalidades contractuales, de las áreas del Órgano de Control institucional y de la Procuraduría Pública del Consejo Nacional de la Magistratura, serían la Contraloría General de la República y el Consejo de Defensa Jurídica del Estado los responsables de evaluar, ratificar o contratar a los funcionarios de dichas áreas. Los trabajadores del régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728 del Consejo Nacional de la Magistratura mantendrían vigente su relación laboral (con la excepción de los cargos de confianza).

- La suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de los procesos disciplinarios y sancionatorios a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, así como los casos de infracciones de procesos sancionatorios que no se hubiesen iniciado hasta la entrada la presente ley de declaratoria de emergencia.
- La modificación del literal R del artículo 22 de la ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, norma referida a la atribución de citar y tomar declaraciones a cualquier persona en el marco de una acción de control; e incluso se permite la incautación de documentación y cualquier medio de almacenamiento que la contenga.

Lo ocurrido en el mes de julio, no sólo ha generado una crisis al interior del Consejo Nacional de la Magistratura, del Poder Judicial, del Ministerio Público, y de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, también ha revelado una grave crítica en la selección y nombramiento de dichos altos funcionarios, lo que afecta la imagen del Perú y de sus instituciones públicas.

En el mensaje a la Nación del 28 de julio del año 2018, el Presidente de la República, señor Martín Vizcarra, hizo los siguientes anuncios de reformas normativas, con ocasión de la crisis del Consejo Nacional de la Magistratura¹⁴:

¹⁴ En: <https://canaln.pe/actualidad/martin-vizcarra-6-proyectos-ley-que-busca-reformar-sistema-judicial-n332041>.

- Creación de la Autoridad Nacional de Integridad y Control en el Poder Judicial y el Ministerio Público.
- Modificación del Texto Único Ordenado del Contencioso Administrativo, eliminando la intervención del Ministerio Público en dichos procesos judiciales.
- Modificación de la 'Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública' a fin de obligar a que las instituciones judiciales divulguen mayor información en sus portales web sobre cómo administran justicia, trayectoria de vida y los fallos de los magistrados.
- Proyecto de ley para incentivar la probidad en el ejercicio de la abogacía, para lo cual habrían sanciones penales y las impuestas por los Colegios de Abogados.
- Modificación de la Ley Orgánica del Ministerio Público para permitir la creación de un sistema de fiscales especializados en delitos contra la administración pública, corrupción de funcionarios, lavados de activos y delitos conexos.
- Proyecto de Ley para la creación del Consejo para la Reforma del Sistema de Justicia, el cual será integrado por los presidentes del Poder Ejecutivo, Congreso, Poder Judicial, Fiscal de la Nación, Tribunal Constitucional, presidente del Consejo Nacional de la Magistratura y el Defensor del Pueblo.

Los anuncios no sólo generarán un debate jurídico y político, sino que también tendrán que generar una reforma de parte del articulado de la Constitución Política de 1993, en lo referente al Poder Judicial, Ministerio Público y Consejo Nacional de la Magistratura.

7 REVISIÓN GENERAL DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS

El Consejo Nacional de la Magistratura durante las décadas de funcionamiento, ha ejercido una función normativa en virtud de la cual por ejemplo ha aprobado Reglamentos para normar los Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales que convocada; la razón de ser de los Reglamentos es la de establecer reglas objetivas para conducir los procesos de acceso a la magistratura, de manera legal, objetiva, ordenada, transparente y predecible.

La idea de contar con un Reglamento para los Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, es que los postulantes puedan conocer no sólo los requisitos que deben cumplir al postular, los plazos a seguir, y las etapas de la evaluación; la idea también es normar cómo será el actuar de los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura al momento de evaluar a los postulantes y al momento de emitir su voto que forme parte de la decisión del Cuerpo Colegiado.

Nos llama la atención que durante los últimos cinco (4) años, se hayan aprobado diversas modificaciones a los Reglamentos que rigen los Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, y para entender nuestra preocupación señalamos la siguiente relación¹⁵:

- Reglamento N° 271-2013-CNM, del 8 de febrero del 2013.
- Reglamento N° 049-2014-CNM, del 2 de abril del 2014.
- Reglamento N° 348-2014-CNM, del 12 de setiembre del 2014.
- Reglamento N° 228-2016-CNM, del 6 de marzo del 2016.
- Reglamento N° 358-2017-CNM, del 17 de julio del 2017.
- Reglamento N° 526-2017-CNM, del 15 de noviembre del 2017.
- Reglamento N° 050-2018-CNM, del 15 de febrero del 2018.
- Reglamento N° 180-2018-CNM, del 10 de mayo del 2018.

Si lo que el Consejo Nacional de la Magistratura ha buscado con los diferentes Reglamentos, ha sido establecer criterios y reglas claras y objetivas con vocación de permanencia que garanticen seguridad jurídica e imparcialidad, lamentablemente se ha logrado ya que por ejemplo en los años 2014, 2017 y 2018 existieron muchos cambios.

Creemos que los Concursos de Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales son muy importantes para la Administración de Justicia, y es por ello que la gran cantidad de cambios normativas no fortalecen los procesos de selección ni la institucionalidad del Consejo Nacional de la Magistratura.

¹⁵ En: <https://www.cnm.gob.pe/web/guest/seleccion-nombramiento/reglamentos>.

8 REVISIÓN GENERAL DE LA REGLAMENTACIÓN DE LA EVALUACIÓN INTEGRAL Y RATIFICACIÓN DE MAGISTRADOS

La Evaluación y Ratificación de los Magistrados es una de las funciones a cargo del Consejo Nacional de la Magistratura, el ejercicio de dicha función supone que se evalúe cada siete (7) años la trayectoria funcional del magistrado, es decir que se evalúa su trabajo realizado, considerando no sólo aspectos laborales sino su conducta ética durante el ejercicio de las funciones de juez o fiscal.

Durante el tiempo de funcionamiento del Consejo Nacional de la Magistratura, también ha ejercido función normativa respecto de los Reglamentos para la Evaluación Integral y Ratificación de Magistrados, sean ellos Jueces o Fiscales; la razón de ser de los Reglamentos es la de establecer reglas objetivas para conducir los procesos de evaluación y ratificación, de manera legal, objetiva, ordenada, transparente y predecible.

Lo que se busca con los Reglamentos para la Evaluación Integral y Ratificación de Magistrados, es que los jueces o fiscales en ejercicio, conozcan las reglas a seguir por los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, permitiéndoles ser evaluados con las garantías del debido proceso, de forma imparcial y sin abusos de derecho, permitiendo que la decisión del Cuerpo Colegiado sea acorde a la legalidad.

Nos llama la atención que durante los últimos nueve (9) años, se hayan aprobado diversas modificaciones a los Reglamentos que rigen los Procesos de Evaluación Integral y Ratificación de Magistrados, y para entender nuestra preocupación señalamos la siguiente relación¹⁶:

- Reglamento N° 635-2009-CNM, del 13 de noviembre del 2009.
- Reglamento N° 120-2010-CNM, del 25 de marzo del 2010.
- Reglamento N° 271-2013-CNM, del 8 de febrero del 2013.
- Reglamento N° 061-2014-CNM, del 20 de marzo del 2014.
- Reglamento N° 503-2015-CNM, del 29 de diciembre del 2015.
- Reglamento N° 221-2016-CNM, del 7 de junio del 2016.
- Reglamento N° 480-2017-CNM, del 6 de octubre del 2017.
- Reglamento N° 104-2018-CNM, del 24 de marzo del 2018.

¹⁶ En: <https://www.cnm.gob.pe/web/guest/evaluacion-ratificacion/reglamentos>.

Los referidos Reglamentos responden a diferentes conformaciones de los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, y a diferencia de los Reglamentos de los Concursos de Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, observamos una mayor estabilidad en el tiempo de las normas que rigen los procesos de toma de decisiones al interior del organismo constitucionalmente autónomo; sin embargo creemos que nuevamente en los últimos cuatro (4) años, periodo del 2015 al 2018, se volvió a repetir la constante de cambios de los Reglamentos, a diferencia del periodo comprendido entre los años 2009 al 2014.

Creemos que la Evaluación Integral y Ratificación de Jueces y Fiscales son muy importantes para la Administración de Justicia, y es por ello la estabilidad jurídica y predictibilidad son temas de suma importancia a tener en cuenta.

Para finalizar éste punto, también debemos señalar que los procesos de Elección o de Ratificación de los titulares de la Oficina Nacional de Procesos Electorales o del Registro Nacional de Identificación y Estado, también ha sido objeto de la función normativa del Consejo Nacional de la Magistratura: Reglamento N° 299-2014-CNM, Reglamento N° 326-2014-CNM, o el Reglamento N° 229-2006-CNM.

Sin perjuicio de la declaratoria de emergencia del Consejo Nacional de la Magistratura ocurrida en el mes de julio del año 2018, creemos que los constantes cambios en los Reglamentos que el Cuerpo Colegiado demostrarían una suerte de debilidad institucional, lo que afecta o tornaba ineficiente el ejercicio de sus funciones.

9 EXPERIENCIAS COMPARADAS DE ARGENTINA, COLOMBIA, ESPAÑA Y EN LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA

El ordenamiento jurídico de la **República Argentina** para la designación de jueces es complejo, por un lado existen reglas generales aplicadas en todo el territorio de la Argentina, y también existen reglas especiales sólo aplicables a la Provincia de Buenos.

Para toda la Argentina, existe un Consejo de la Magistratura, derivad de la Constitución Nacional de Argentina y de la Ley 24.937, Ley del Consejo de la Magistratura de la Nación; dichas normas disponen un Consejo conformado por diecinueve (19) miembros, elegidos por un período de duración de 4 años (el Presidente de la

Corte Suprema, cuatro jueces federales elegidos, cuatro miembros elegidos por representantes de los abogados de la matrícula federal, ocho legisladores como representantes de las dos Cámaras, un representante del Poder Ejecutivo, y un abogado que sea profesor titular de cátedra universitaria de universidades nacionales).

Para la Provincia de Buenos Aires, también existe un Consejo de la Magistratura Consejo de la Magistratura, ello al amparo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, de la Ley 11.868 (Reglamento General del Consejo de la Magistratura) y de la Ley 13553 (Modificación de la Ley 11.868 -del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Buenos Aires).

En el caso de la **República de Colombia**¹⁷, su Constitución Política y la Ley N° 270, Estatuaria de la Administración de Justicia, han previsto la existencia del Consejo Superior de la Judicatura, el cual está integrado por trece (13) magistrados, seis (6) de los cuales conforman y ejercen funciones en la Sala Administrativa, y siete (7) cumplen funciones en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

La elección de los trece (13) magistrados es por un período de 8 años. En el caso de los Magistrados que integran la Sala Administrativa su designación proviene de las siguientes entidades: Uno (1) por la Corte Constitucional; Dos (2) por la Corte Suprema de Justicia; y Tres (3) por el Consejo de Estado.

Por otro lado, la conformación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria es de la siguiente manera: los siete (7) Magistrados son elegidos por el Congreso Nacional, interviniendo las dos (2) Cámaras Legislativas en sesión plenaria.

En el caso de **España**, la realidad es muy particular como señalaremos a continuación, ya que debemos existir reglas muy generales para ejercer toda función pública, que se deriva del artículo 23.2° de la Constitución Española, con la salvedad que la misma Constitución en su artículo 117° señala que los jueces y magistrados tienen las siguientes garantías:

- Son independientes.

¹⁷ **CEVALLOS SCUDIN, José Antonio** (2016). Informe Temático N° 21/2016-2017. Legislación comparada sobre designación y remoción de los Magistrados del Consejo Nacional de la Magistratura u órganos similares. En: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B2D6AB41663BC1960525807700089D63/\\$FILE/INFORTEMA21-2016-2017.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B2D6AB41663BC1960525807700089D63/$FILE/INFORTEMA21-2016-2017.pdf)

- Son inamovibles.
- Son responsables.
- Están sometidos únicamente al imperio de la ley.

La Carrera Judicial española comprende tres categorías: Magistrado del Tribunal Supremo, Magistrado, y Juez.

En la actualidad en España, con la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial realizada con al aprobarse la Ley Orgánica 19/2003, existen las siguientes reglas para el acceso¹⁸:

- Oposición libre y el concurso oposición, para el ingreso por la categoría de Juez.
- Concurso Pública, para el ingreso por la categoría de Magistrado.
- “Reunión de Méritos suficientes a juicio del Consejo General del Poder Judicial”, para el nombramiento como Magistrados del Tribunal Supremo¹⁹.

La selección de los jueces en los **Estados Unidos de Norteamérica** es un caso muy particular dado que estamos ante un modelo de Estados Federales, con los cual existen reglas nacionales derivadas de la Constitución Política y reglas dispuestas por cada Estado Federal²⁰. En los Estados Unidos de Norteamérica, existen jueces estatales, jueces federales, y los jueces del Tribunal Supremo de Justicia.

En el caso de los jueces estatales, hay cuatro (4) forma de acceder al cargo: por designación del Gobernador del Estado, por designación del legislador (Asamblea), por elección democrática, o por elección en función a los méritos del candidato “*merits plan*”. En el caso de los jueces federales, la designación es del Presidente de la República.

En el caso del Tribunal Supremo de Justicia Norteamericano (la Corte Suprema de la República, hay un Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Chief Justice*) y un número de

¹⁸ **SAIZ ARNÁIZ, Alejandro.** La selección de los jueces en España: la oposición. Foro de opinión. Revista del Poder Judicial.

¹⁹ **JIMENEZ ASENSIO, Rafael.** El acceso a la judicatura en España: evolución histórica, situación actual y propuestas de cambio. Manuales de formación continuada; 13; 2001

²⁰ **GRAVES, Scott E. y HOWARD, Robert M.** (2009). Justice takes a recess. Judicial appointments from George Washington to George W. Bush, Plymouth, Lexington books.

jueces asociados (*Associate Justice*), en la actualidad el número de jueces asociados previsto por el Congreso es de ocho (8). Bajo las reglas del modelo estadounidense, quien propone el nombramiento de los jueces es el Presidente de la República, y ello debe ser aprobado por el Senado. Las vacantes de Miembros del Tribunal Supremo no se producen todos los días, ello debido a que el cargo es vitalicio o por renuncia del juez o incapacidad física o mental para ejercer el cargo (es decir que a diferencia del modelo peruano, no hay ratificación)²¹.

Del modelo de selección de jueces en los Estados Unidos de Norteamérica debemos resaltar lo siguiente:

- Hay una mezcla entre poder político en la selección, premio a los méritos académicos y profesionales, así como en algunos casos participación democrática.
- El factor político está sopesado no sólo por el contrapeso entre el Presidente de la República y el Senado, sino también por el hecho de que existen dos organizaciones políticas de larga trayectoria como son el Partido Demócrata y el Republicano.
- Los jueces suelen provenir de las principales universidades estadounidenses, la cuales encabezan los rankings mundiales de centros de enseñanza como Facultades de Derecho.

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe comentar que la realidad de Latinoamérica²² en materia de selección de jueces y fiscales es muy variada, y el Perú²³ no es una excepción²⁴²⁵. En

²¹ **SERRA CRISTOBAL, Rosario** (2011). La selección de Jueces en Estados Unidos, Civitas.

²² **MARTINEZ NEIRA, Néstor Humberto**. "Los Consejos de la Magistratura en Latinoamérica. Anotaciones sobre el «autogobierno judicial». En: Segunda mesa redonda sobre Reforma Judicial; National Center for State Courts; Virginia (USA); mayo 1996.

²³ **DELGADO BARRETO, César**. "Consejo Nacional de la Magistratura"; en. "DERECHO" No 35. 1981; PUCP. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. Pp. 53-58.

²⁴ **ZOLEZZI IBÁRCENA, Lorenzo**. "El Consejo Nacional de la Magistratura". En. Revista "DERECHO"; No 49. diciembre de 1995. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. Pp. 123-137.

²⁵ **SAGUES, Néstor Pedro**. "Variables y problemática del Consejo de la Magistratura en el reciente constitucionalismo latinoamericano". En: 'La Constitución de 1993:

nuestra opinión, los Países de Latinoamérica han buscado diversas formas de seleccionar a los jueces y fiscales, sin embargo la opinión de parte de la población no concuerda con que en sus países haya una correcta administración de Justicia, quizás porque no sólo los mejores alumnos de las Facultades de Derecho quienes integran dichas instituciones.

10 CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE CAMBIO

Con el presente artículo hemos buscado señalar y sustentar las razones por las cuales diferentes disposiciones de la Constitución Política de 1993 en lo referente a la conformación de los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, ameritan un cambio normativo para garantizar que los altos funcionarios que integran el Cuerpo Colegio cumplan con requisitos mínimos muy diferentes a los actualmente exigidos, y de quienes debe ser las instituciones que elijan a dichos Miembros.

Como propuestas para reformar tanto la Constitución Política de 1993 como la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, Ley N° 26397, planteamos los siguientes cambios:

- Elevar la edad de los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura a 65 o 70 años y de que sean profesionales del Derecho, que no hayan laborado en el Poder Judicial o Ministerio Público, ni haber sido Congresista de la República o Ministro de Estado.
- Establecer que los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura requisitos éticos y de trayectoria personal, familiar, profesional y democrática intachable, habiendo ejercido la docencia universitaria.
- Permitir la denuncia e investigación de todo acto que suponga la elusión o evasión de las obligaciones a ser cumplidas por los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, sea ello por intermedio de familiares sanguíneos o por afinidad, cónyuge, conviviente, amistades o terceros.
- Disponer que los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, sean elegidos por el Congreso de la

República con votación calificada, el Presidente de la República con voto del Consejo de Ministros, Sala Plena de la Corte Suprema de la República, Junta de Fiscales Supremos, así como por el Colegio de Abogados de Lima, los gremios empresariales o las organizaciones sindicales. La elección será por 5 años.

- En el caso de los Miembros elegidos por el Colegio de Abogados de Lima, los gremios empresariales o las organizaciones sindicales, cabe la posibilidad de tacha a la postulación.
- Los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura sólo podrán ejercer el cargo una sola vez, sin la posibilidad de reelección, estando sujetos a una Rendición de Cuentas de su gestión. Sus cónyuges, convivientes o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o segundo grado por afinidad no podrán ser elegidos Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, ni antes, durante o después de culminado su mandato.

A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO PARA A PAZ E EFETIVAÇÃO DO DIREITO DO ACESSO À JUSTIÇA

Débora Gonçalves Tomita¹

Iltton Garcia da Costa²

INTRODUÇÃO

Pelo presente trabalho, procurar-se-á analisar o órgão estatal da Defensoria Pública e o seu papel para um efetivo acesso à justiça e instrumento para conduzir a pacificação e paz social.

Primeiramente, será feita uma abordagem acerca do direito fundamental do acesso à justiça, relatando a respeito do seu surgimento, sua evolução ao longo do tempo, assim como o conceito e demais aspectos importantes relativos a este direito.

Ainda, neste primeiro capítulo, serão examinados os obstáculos que impedem o acesso efetivo dos cidadãos à justiça,

¹ Mestranda na Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, Especialista em Direito Constitucional, Procuradora Jurídica da Câmara Municipal de Cambará- PR
E-mail: debora.tomita@gmail.com

² Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Avaliador de IES e Curso pelo MEC INEP, Membro do Comitê de Área da Fundação de Apoio a Pesquisa do Estado do Paraná – Fundação Araucária, líder do Grupo de Pesquisa/Investigação em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, ex Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB SP, ex Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP, membro da Comissão de Direito Constitucional e Com. de Liberdades Religiosas, ex Diretor de Planejamento e Controles de Banco, Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Especialista em Finanças, Matemático, Advogado. E-mail: ilttoncosta@uenp.edu.br e iltongcosta@gmail.com

bem como a preocupação do constituinte em ampliar os mecanismos para a maior efetividade desse direito fundamental.

Para uma maior compreensão do assunto, será feita a distinção entre justiça gratuita, assistência judiciária, assistência jurídica e Defensoria Pública, uma vez que, frequentemente, essas expressões são utilizadas equivocadamente como sinônimas.

No segundo capítulo, estudar-se-á a evolução histórica da Defensoria Pública, bem como suas características estruturais, enfatizando os princípios que regem a atuação do órgão, bem como sua organização.

Em seguida, será analisada a relação existente entre a Defensoria Pública e o direito do acesso à justiça, enfatizando-se a atribuição daquela de cumprir o dever do Estado de prover a assistência jurídica aos hipossuficientes.

Na sequência, far-se-á um breve relato acerca das dificuldades enfrentadas pelas Defensorias Públicas, bem como do que deve ser feito para melhor atender as necessidades da população.

Ademais, será feita uma análise acerca da atuação preventiva da Defensoria Pública, quando orientam os cidadãos sobre seus direitos, buscam a conciliação das partes através de meios extrajudiciais, e atuam em órgãos fiscalizadores e administrativos.

Por fim, procurar-se-á demonstrar a importância de outros entes que atuam na ausência de estruturação da Defensoria Pública, por serem indispensáveis para a ampliação da assistência jurídica gratuita.

Nesses termos, tem-se uma breve ideia do que será abordado no decorrer do trabalho, cuja finalidade será demonstrar a importância da instalação da Defensoria Pública para um efetivo acesso à justiça.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O conceito de acesso à justiça varia no tempo em função de várias influências de cunho político, sociológico, religioso e filosófico. Há, dessa forma, uma grande dificuldade em se chegar a uma

definição consensual do termo “acesso à justiça”, conforme Mauro Cappelletti e Bryant Garth reconhecem:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser juridicamente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (1988, p. 8)

De fato, quando se fala em acesso à justiça, não se pode contentar em restringir sua definição ao mero ingresso em juízo. É necessário ir além:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. (WATANABE, 1988, p.128)

Observa-se, portanto, a diferença entre a expressão “acesso à justiça” – acesso formal aos órgãos judiciários – e acesso à ordem jurídica justa, que significa, através do acesso ao Estado-juiz, a satisfação concreta das pretensões dos titulares dos direitos subjetivos e das satisfações de vantagem, com reflexos na pacificação social, que deve ser feita com justiça. (SOARES, 2002, p. 79)

No mesmo diapasão, Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 115), para quem:

Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. (grifo do autor)

Dessa forma, nota-se que o acesso à justiça da forma como é visto atualmente, abrange além da admissão ao processo, qualidade dos serviços jurisdicionais, tempestividade da tutela ministrada

mediante o processo e efetividade da tutela jurisdicional. (DINAMARCO, 2002, p.114)

Conforme já foi explicitado, pode-se dizer que o direito de acesso à justiça viabiliza os demais direitos, ou seja, é a ferramenta indispensável que possibilita à sociedade reivindicar direitos sociais básicos – direito ao trabalho, à saúde, à segurança, à educação – garantidos nas modernas constituições. Nesse sentido, sábia é a lição do professor Ives Gandra da Silva Martins (1993, p. 53) para quem: “não há direito sem garantia para ser exercitado”.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 11-12) também asseveram:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.

Observa-se, portanto, que a expressão “acesso à justiça” deve estar ligada mais a um conceito axiológico de justiça.

Todavia, estabelecer o que cabe a cada um não é uma tarefa fácil, mas se pode determinar o que cumpre a cada um por convenção, ou seja, o que é assegurado a cada cidadão pelo ordenamento jurídico. Assim, quando se fala em acesso à justiça, deve-se pensar em obtenção daquilo que se convencionou caber a cada um. Em outros termos, fazer justiça é dar a cada um aquilo que se convencionou ser seu. (CÂMARA, 2002, p. 2-3)

Dessa maneira, haverá pleno acesso à justiça quando é assegurado a cada cidadão receber tudo aquilo que o ordenamento jurídico lhe confere. Ocorre que só haverá acesso efetivo à “ordem jurídica justa” quando todos os obstáculos que possam existir no ordenamento jurídico forem removidos.

A preocupação dos estudiosos com o acesso à justiça tem sua razão de ser, haja vista que impossível conferir ao hipossuficiente tudo aquilo que o ordenamento jurídico lhe confere, se este ainda tem dificuldade para reconhecer um direito e propor uma ação, se ainda há lides em que o custo com o processo ultrapassa o valor da controvérsia, e, frequentemente, o cidadão precisa esperar anos por uma decisão exequível.

Esses são apenas alguns exemplos de que para o real acesso à ordem jurídica justa em um país em desenvolvimento como o Brasil ainda há muitos obstáculos a se transpor.

Primeiramente, é importante ressaltar que em um país que ostenta uma das piores distribuições de renda do mundo e elevado índice de analfabetismo não é surpreendente que a sociedade desconheça direitos assegurados pela Constituição Federal, como o acesso efetivo à justiça. O baixo nível de educação do brasileiro aliado à falta de informação dificultam o reconhecimento de um direito a ele assegurado e dos meios de que dispõe para se defender.

A respeito desse quadro preocupante em que vive o Brasil, o defensor público Rogério dos Reis Devisate (2002, p. 265) assevera: “um país cuja justiça não é acessível à maioria da população trai os ideais básicos da cidadania e do Estado Democrático de Direito”.

Dessa forma, observa-se que a simples previsão em lei não garante que o direito seja assegurado.

A dificuldade de acesso à justiça, ao contrário de outros direitos previstos na Constituição, não é um problema presente no cotidiano da população, só sendo percebido por aquele que realmente esteja envolvido com o problema. Diferente do problema da falta de vagas nas escolas ou de médicos nos postos de saúde, o direito de acesso à justiça é considerado um direito de menor importância, e por uma grande parcela da população não é sequer visto como um direito.

A falta de acesso à justiça costuma ser sofrida em silêncio, no anonimato. É o infrator que, por falta de defensor mais hábil, empenhado e com tempo para dedicar-se à sua causa, permanece esquecido nos presídios; é a vítima de preconceito que tenta esquecer e calar a humilhação, pois nem sabe que foi vítima de um crime de constitucionalmente previsto. É a mulher que, por não se casada legalmente, inacreditavelmente desconhece ter direito à pensão alimentícia. (LARA, 2002, p.91)

Ignorar a existência do direito ao efetivo acesso à justiça é desconhecer os meios para a garantia de todos os outros direitos sociais assegurados pela Constituição como saúde, educação, trabalho, segurança.

Observa-se, portanto, que a falta de aptidão dos cidadãos para reconhecer um direito leva inevitavelmente à limitação para a propositura de uma ação ou mesmo para sua defesa.

Outro obstáculo que deve ser transposto é o de natureza econômica, uma vez que “a resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas”. (CAPPELLETTI; GARTH 1988, p. 15)

O fato de o serviço judiciário ser pago sempre foi uma barreira a que as camadas mais carentes da sociedade tivessem negado o acesso à tutela jurisdicional. Isto porque, sem condições econômico-financeiras, não há como se contratar um advogado e arcar com as custas processuais.

É evidente que a Lei 1.060/50 que regulamenta a assistência judiciária aos necessitados contribuiu muito para a diminuição desse entrave, mas apenas a isenção de custas do processo e dos honorários do advogado não se mostram suficientes para assegurar aos cidadãos o acesso à ordem jurídica justa como preleciona Glauco Gumerato Ramos (2000, p. 31-32):

Conquanto a cinqüentenária [sic] lei nº 1.060/50 tenha representado no Brasil um marco expressivo da preocupação do Estado com a problemática do “acesso à justiça”, a verdade é que a possibilidade do patrocínio judicial gratuito e da isenção das despesas processuais não assegura a “libertação” e o necessário respeito jurídico à dignidade do hipossuficiente. (2000, p. 31-32)

Destarte, procurando eliminar as diferenças econômicas entre os litigantes e propiciar um efetivo acesso à justiça, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, estabelece: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Ocorre que, embora a Constituição Cidadã seja de 1988, até hoje não há Defensoria Pública funcionando efetivamente em todos os Estados da Federação, conforme determina o artigo 134 da Constituição, dificultando ainda mais o acesso à justiça.

A instalação da Defensoria Pública tanto em nível federal quanto estadual é uma imposição da Constituição e do próprio Estado Democrático de Direito. O que se nota, entretanto, é um desrespeito

aos mandamentos constitucionais, haja vista que é insuficiente o número de defensores federais atuando nas capitais e não há defensorias nas principais cidades de cada Estado. A situação se mostra ainda mais crítica no plano estadual, uma vez que há Estados, como o Paraná e Santa Catarina, que sequer estruturaram suas defensorias em todas as Comarcas, mesmo depois de quase trinta anos da publicação da Constituição.

Outro relevante obstáculo, segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth é quanto ao tempo gasto na solução da lide. Clara é a disposição da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos reconhecendo que a justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível.

Dáí a extrema importância de que o julgamento das causas judiciais seja dotado de mecanismos que permitam uma demora que não ultrapassasse aquela estritamente necessária, uma vez que os efeitos da demora por uma decisão exequível são devastadores, forçando os economicamente fracos a abandonarem suas causas ou aceitarem acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. (CAPPELLETTI, 1988, p. 20)

O formalismo exacerbado constitui uma das causas dessa demora, contribuindo para emperrar ainda mais a prestação jurisdicional. Não é outro o entendimento de Alexandre Freitas Câmara (2002, p. 5), para quem: “o formalismo exacerbado é um obstáculo ao acesso à justiça, uma vez que faz com que a forma acabe por se tornar mais importante do que a substância”.

Resta evidente a importância do princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual o ato processual deve ser considerado válido quando, mesmo que praticado por forma diversa da prevista em lei, tenha alcançado sua finalidade essencial. Assim, “as formas são meios para atingirem-se fins. Estes, se atingidos, não fazem com que a ausência de atenção à forma gere nulidade”. (WAMBIER, 1997, p. 141)

A Lei 9.099/95 que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais é um exemplo clássico tendente a facilitar o acesso à justiça ao cidadão comum em causas de pequeno valor econômico, uma vez que traz em seu bojo princípios como o da instrumentalidade das formas, oralidade, celeridade e concentração dos atos processuais.

Uma outra razão que contribui para a morosidade é a falta de estrutura do Poder Judiciário. Em primeiro lugar, o número de juízes e servidores está muito abaixo das necessidades.

Soma-se à carência de recursos humanos, a insuficiência de recursos materiais, a ausência de autonomia efetiva em relação ao Executivo e ao Legislativo, a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias, entre outros entraves que demonstram a crise enfrentada pelo Judiciário e que só contribuem para dificultar ainda mais o acesso do cidadão à ordem jurídica justa. (CHICHOCKI NETO, 1998, p. 48)

A falta de prestação da tutela jurisdicional, por qualquer das razões antes apontadas, portanto, importa na denegação de justiça e, desse modo, na transgressão do princípio da inafastabilidade da cognição judicial para prevenir ameaças a direito ou reparar lesões a direitos individuais ou coletivos na jurisdição civil ou criminal, conforme previsto, dentre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (CASTRO, 2005, p. 332)

De tudo, observa-se que os obstáculos em relação ao acesso à ordem jurídica justa estão interligados.

Nesse escorço, a Defensoria Pública se mostra como meio indispensável para viabilizar o exercício dos direitos e garantias que a Constituição assegura aos cidadãos brasileiros.

Somente com a instalação desse importante órgão estatal em todos os entes da Federação será possível a concretização do direito fundamental do acesso efetivo à justiça e, assim, a efetiva consolidação da democracia no Brasil.

2 A DEFENSORIA PÚBLICA COMO INSTRUMENTO INSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, estabelece que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Esse direito e garantia fundamental instrumentaliza-se por meio da Defensoria Pública, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a

defesa, em todos os graus, dos necessitados, nos termos do artigo 134, caput, da Constituição Federal.

Antes de se explanar propriamente a respeito do órgão da Defensoria Pública, é importante fazer uma distinção entre “justiça gratuita”, “assistência judiciária”, “assistência jurídica” e “Defensoria Pública”, uma vez que embora essas expressões sejam frequentemente empregadas como sinônimos, a verdade é que não se confundem.

Pontes de Miranda (1971, p. 641) considera que o benefício da justiça gratuita “é o direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual perante o juiz que promete a prestação processual”.

Nesse sentido, a justiça gratuita deve ser entendida como a gratuidade de todas as custas, taxas, emolumentos, honorários advocatícios e periciais, despesas em geral, que podem ser judiciais ou não, a serem suportadas pelo cidadão para o correto desenvolvimento do processo.

Augusto T. Rosa Marcacini (1996, p.31) esclarece que:

O benefício de justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e faculdade processuais, sendo tais despesas judiciais ou não. Abrange, assim, não somente as custas relativas ao atos processuais a serem praticados como também todas as despesas decorrentes da efetiva participação na relação processual.

Já a assistência judiciária, ainda segundo o mestre Pontes de Miranda (1971, p. 641), é “organização estatal ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogados”.

Nesse sentido, a assistência judiciária consiste na defesa do hipossuficiente do processo por advogado, o qual tenha esse tipo de prestação de serviço como sua atividade principal, ou que a faça com frequência, podendo ser oferecida tanto pelo Estado, como desempenhada por outras entidades conveniadas ou não com o Poder Público.

Não é outro o entendimento de José Roberto de Castro (1987, p. 27):

[...] assistência judiciária é, num primeiro plano, a faculdade legal que se assegura ao “necessitado” de ver o seu direito individual lesado apreciado pelo poder jurisdicional, para fins de reparação, sem que para tanto tenha que custear as despesas processuais. Num plano segundo, assistência judiciária é o órgão estatal encarregado de oferecer advogado ao “necessitado”, para o mesmo postular em juízo o seu direito. Por extensão, órgãos vinculados às Faculdades de Direito, v.g., encarregados da defesa dos direitos dos financeiramente pobres, são tidos como de assistência judiciária.

O conceito de assistência não se restringe, portanto, apenas aos órgãos oficiais estatais como as Defensorias Públicas, mas abrange outros prestadores desse serviço público, como os advogados dativos que atuam por meio de convênios firmados pela OAB com os Tribunais, os escritórios modelos das Faculdades de Direito, as fundações, os sindicatos, entre outros.

Assim, é possível ocorrer a concessão de assistência judiciária e o indeferimento da justiça gratuita pelo magistrado. Isto porque o que se pede ao Estado é apenas a concessão da justiça gratuita e não da assistência judiciária. O Juiz não tem o poder de indeferir o patrocínio gratuito pelo agente prestador do serviço, cabendo-lhe tão somente quanto à assistência judiciária, determinar que seja indicado advogado para patrocinar o hipossuficiente.

A Constituição Federal de 1988, entretanto, não se restringiu apenas à assistência judiciária aos que comprovarem insuficiência de recursos, trazendo em seu artigo 5^a, inciso LXXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Dessa forma, quando a Constituição se referiu à assistência jurídica, quis proporcionar aos cidadãos um benefício mais amplo do que o previsto na Lei 1.060/50, que regulamenta a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

A assistência jurídica engloba além de auxílio jurídico, outros serviços não relacionados ao processo, tais como orientações individuais e coletivas, esclarecimento de dúvidas, orientação e assistência à comunidade no que diz respeito à formalização de escrituras, obtenção de certidões, registro de imóveis. (PIMENTA, 2004, p. 103)

Como meio de viabilizar e garantir um acesso mais efetivo do necessitado à justiça, a Constituição assegurou a instituição da

Defensoria Pública que é, segundo ensinamentos de Marília Gonçalves Pimenta (2004, p. 103):

a instituição estatal que abrange todas estas definições, propiciando além da Assistência Jurídica Integral, o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, mesmo àqueles economicamente suficientes, quando a causa verse sobre direitos indisponíveis, como é o caso dos réus na Justiça Criminal, ou em casos de relevante interesse público, na curadoria ao vínculo.

A Defensoria é, pois, instituição estatal oficial responsável pela prestação da assistência jurídica como importante papel constitucional, garantindo o acesso à justiça e a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

De acordo com a Constituição Federal, a Defensoria Pública é a instituição responsável para a prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados (artigo 134 c/c artigo 5º, LXXIV, ambos da Constituição Federal).

Inserida no Título IV, do Texto Magno, intitulado “Da Organização dos Poderes”, a Defensoria Pública juntamente com o Ministério Público e a Advocacia-Geral da União constituem carreiras jurídicas públicas, previstas na Constituição, às quais se atribui o exercício das funções essenciais à justiça (Capítulo IV), e que defendem determinados interesses publicamente relevantes. (JUNKES, 2008, p.80)

Nesse sentido, a natureza jurídica da Defensoria Pública, de acordo com Guilherme Peña de Moraes (*apud* JUNKES, 2008, p. 83), “é a de um órgão central, independente, composto e obrigatório”.

Quando se trata de abrangência estrutural da Defensoria Pública quer se fazer referência aos aspectos que a qualificam como um órgão distinto dos demais. Sendo assim:

[...] sob a denominação de aspectos estruturais quer-se, aqui, reunir a sua finalidade, o seu modo de organização, seus princípios institucionais e funções institucionais, as atribuições, a carreira, as garantias, prerrogativas, deveres, proibições e impedimentos do Defensor Público. (JUNKES, 2008, p. 86)

A despeito de a Defensoria Pública apresentar diferenças dependendo da base geopolítica em que esteja estabelecida, o fato é que a instituição apresenta uma disposição uniforme em seus aspectos estruturais.

Essa uniformidade institucional, entretanto, só é possível porque foi promulgada a Lei Complementar 80 no ano de 1994. Esta Lei organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e fixa normas gerais em relação às Defensorias Públicas estaduais. Por isso é considerada Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública. Nacional, porque atinge todo o território brasileiro.

As Defensorias Públicas estaduais são criadas e organizadas através de normas editadas pelos próprios Estados-membros.

Segundo Sérgio Luiz Junkes (2008, p. 87):

A autonomia das unidades da federação, todavia, é suplementar, na medida em que cabe à União estabelecer, de forma concorrente, as normas gerais acerca das Defensorias Públicas dos Estados-membros, e a estes, exercer competência legislativa remanescente, desde que em conformidade com aquelas normas gerais.

A Defensoria Pública, vista como instituição nacional, compreende a Defensoria Pública da União, as Defensorias Públicas do Distrito Federal e dos Territórios e as Defensorias Públicas dos Estados.

A atividade da Defensoria Pública da União abrange todo o território nacional, inclusive os Estados-membros, o Distrito Federal e Territórios, mas sua atuação circunscreve-se à da denominada Justiça Federal, tanto comum como especializada.

Já a Defensoria Pública do Distrito Federal e a dos Territórios, apesar da atribuição da União de organizá-las e mantê-las, não são compostas por defensores públicos da União, a fim de que seja preservada a autonomia da instituição. (JUNKES, 2008, p. 89)

Quanto às Defensorias Públicas dos Estados, são organizadas, mantidas e estabelecidas juridicamente pelas próprias unidades da Federação, Têm como incumbência geral a atuação no âmbito da Justiça estadual e das instâncias administrativas estaduais.

Além disso, cabe-lhes a interposição de recursos e a atuação perante os Tribunais Superiores.

3 A DEFENSORIA PÚBLICA E O ACESSO À JUSTIÇA

Como já foi explicitado, o acesso à justiça é um direito fundamental, sem o qual os demais direitos não possuem garantia de efetividade.

O constituinte de 1988, portanto, objetivando assegurar o acesso efetivo à justiça criou meios para que as conquistas normativas garantidas pela Constituição Federal fossem concretizadas.

Dessa forma, ao lado das três funções típicas do Poder político do Estado (legislativa, executiva e jurisdicional), a Constituição Federal inovou, criando a função essencial de Provedoria da Justiça, composta pela Defensoria Pública, Ministério Público, Advocacia Privada e Advocacia de Estado (JUNKES, 2008, p. 127).

Assim, é dever do Ministério Público a tutela dos interesses indisponíveis, sociais e individuais; são como “advogados da sociedade”. Já os interesses relativos à Administração Pública cabem à Advocacia Pública, armada institucionalmente através da Advocacia Geral da União e das Procuradorias Gerais dos Estados e dos Municípios. Quanto à advocacia privada, foi encarada pela Constituição como atividade liberal, dotada de garantias de independência imprescindíveis à realização de sua missão.

Não obstante essas instituições assegurem o acesso dos cidadãos à justiça, o fato é que grande parcela da população ainda se encontrava à margem do sistema judiciário. O constituinte, notando essa lacuna, instituiu a Defensoria Pública, órgão essencial para suprir a demanda de assistência jurídica integral em favor dos necessitados.

Segundo preleciona Sérgio Luiz Junkes (2008, p. 127):

São essas instituições, através de suas atividades de caráter técnico-jurídico, que asseguram aos cidadãos a possibilidade de estes provocarem os órgãos estatais de atuação legislativa, administrativa e jurisdicional para a tomada de providências de acordo com suas respectivas competências.

Assim sendo, todo o direito deve ser efetivamente exercitado e no momento de luta pelo seu direito, e do acesso à justiça, que deve o necessitado ter ao seu dispor a Defensoria Pública, órgão estatal que tem a atribuição de cumprir o dever do Estado de prover a assistência jurídica aos hipossuficientes, gerando condições de igualdade e defesa em todos os graus, segundo estabelecem os artigos 5º, inciso LXXIV e 134 da Constituição, e a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (Lei Complementar Federal nº 80/94).

Com o intuito de diminuir as desigualdades sociais e garantir o princípio constitucional da igualdade, a atuação da Defensoria Pública não se limita apenas ao ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário, cabendo ao órgão também levar ao conhecimento dos cidadãos os direitos assegurados pelo Constituição, o modo de exercê-los e a possibilidade de formas alternativas de solução de litígios.

Através dessa atuação,

a Defensoria Pública é a instituição que contribui para a integração e a inclusão social do grupo de necessitados. Contribui para a inclusão social porque faz com que os necessitados deixem de ficar à margem dos benefícios do sistema político-econômico. Contribui para a integração social, porque coordena os necessitados como um grupo, a fim de que, a partir da mesma convivência e dos mesmos anseios, encontrem caminhos para a superação dos seus percalços. (JUNKES, 2008, p. 128-129)

Sem a instituição da Defensoria Pública, a garantia de acesso à justiça não passa de promessa que não sai do papel àqueles excluídos da vida social digna. É preciso que a previsão constitucional torne-se realidade para que os carentes tenham acesso à ordem jurídica justa, uma vez que a maioria da população brasileira não tem sequer conhecimento de que podem gratuitamente exercitar seus direitos, muito menos de que podem recorrer a defensores públicos gratuitamente.

Conforme evidencia Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 79):

De nada adianta a solene garantia de acesso à justiça quando boa parte da população não tem condições de pagar um advogado e não existe uma assistência judiciária estruturada de modo a atender as

necessidades do povo. O Estado tem o dever de tornar a justiça acessível a todos e, portanto, está obrigada a estruturar adequadamente a assistência judiciária, tornando-a capaz de atender aos reclamos sociais.

A importância da Defensoria Pública extrapola os limites traçados pelo artigo 134 da Constituição Federal de 1988, para alcançar a própria garantia e efetividade do Estado Democrático de Direito, já que ela é o instrumento pelo qual se irá viabilizar o exercício, por parte de cada cidadão hipossuficiente do Brasil, dos direitos e garantias individuais que o constituinte tanto se preocupou em assegurar ao povo brasileiro. (MORAES, 1995, p. 17)

Com a normatização da Defensoria Pública pela Constituição Federal de 1988, o Estado brasileiro sentiu a necessidade de criar corpo autônomo de funcionários públicos, com o objetivo de oferecer defensor aos necessitados que vão à juízo, seja na área cível, criminal, trabalhista ou tributária, haja vista que não basta que o juiz tome conhecimento do fato para julgá-lo. É preciso que o conhecimento pelo julgador decorra do pedido formalmente feito por alguém que tenha capacidade postulatória. E como a maioria da população se enquadra no conceito de hipossuficiente, não tendo condições de contratar um advogado, essencial a figura do defensor público.

José Cretella Júnior (1989, p. 3346) define o defensor público como “o advogado do necessitado”. Para o autor, a Defensoria Pública “é a instituição do Estado destinada a dar assistência judiciária aos necessitados ou desprovidos de recursos, quando em juízo”.

Nesse sentido, verifica-se a importância das atividades a serem exercidas pela Defensoria Pública, devendo receber tratamento especial por parte do Estado, uma vez que o número de necessitados aumenta progressivamente em decorrência do elevado nível de desemprego, das frequentes instabilidades do sistema capitalista, além da gritante desigualdade socioeconômica existente no país.

Para Diego Figueiredo Moreira Neto (*apud* JUNKES, 2008, p. 128) tamanha é a importância da Defensoria Pública que:

[...] mesmo que os interesses relegados ao Ministério Público e às advocacias de Estado fossem mal defendidos, ainda assim o Estado subsistiria. Contudo, ao revés, segundo ele, o Estado não mais subsistiria se a sociedade passasse a perceber que a Justiça só existia para os favorecidos da sorte. [...] Essa reflexão dá uma dimensão da importância da instituição da Defensoria Pública em relação aos fins perseguidos pelo Estado.

É inegável, hodiernamente, o esgotamento do Poder Judiciário como instância exclusiva para a resolução de conflitos, principalmente os que envolvem interesses e direitos coletivos. A morosidade dos procedimentos, a ineficácia das decisões, os altos custos dos processos judiciais, a falta de assistência judicial adequada aos mais necessitados, acabam por afugentar uma grande parcela da população dos tribunais, privando-a, na maioria das vezes, de seus direitos mais fundamentais.

Não é outro o entendimento de Ada Pellegrini Grinover (1990, p. 177):

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários.

Com a descrença da população nas instituições estatais, cresce entre os cidadãos a tendência a procurar outros meios para a solução de conflitos ou, simplesmente, abandonar o próprio direito.

Para Fernando Passos (2001, p. 68), a opção pelo abandono do próprio direito configura-se como “a de maior consequência nefasta ao Estado Democrático, pois reconhecido estará que as normas instituidoras de direito são meramente formais, são ‘letras mortas da lei’”.

Também a busca do direito pelas próprias mãos não é a solução mais viável para a solução de conflitos, uma vez que “sempre o mais forte acabará por vencer, independente de ser o detentor ou não do direito assegurado unicamente pela sua vitória ocorrida de forma ilícita”. (PASSOS, 2001, p. 68)

Descrente no Judiciário, algumas pessoas preferem buscar por meios alternativos para a solução dos litígios. Essa busca pode ser tanto por meios ilícitos como a justiça privada, quanto por meios lícitos, a exemplo da mediação e da arbitragem.

A justiça privada evidencia-se por meio dos Tribunais Privados e dos Tribunais de exceção, organismos parajudiciais, em que não há qualquer controle estatal, ou fiscalização dos órgãos essenciais à Justiça (Advocacia, Ministério Público e Magistratura).

Quanto aos Tribunais de exceção, é assustadora a celeridade com que vêm crescendo, principalmente nas favelas do Rio de Janeiro e São Paulo, onde organizações criminosas estabelecem suas próprias “leis”, coagindo a população lá vive. Nesses locais,

a população vive sob o julgo destes “imperadores”, verdadeiros senhores feudais, e até lhes reconhece legitimidade, uma vez que garantam aos habitantes de seu território que não questionem suas ordens, emprego, educação e saúde. (PASSOS, 2001, p. 68)

Diante dessa situação, busca-se identificar os reais obstáculos enfrentados, principalmente pelos mais pobres, para que obtenham o acesso efetivo à justiça. É nessa perspectiva que a Defensoria Pública torna-se imprescindível, na medida em que é seu papel fundamental defender direitos fundamentais dos necessitados, restabelecendo a confiança da população no sistema Judiciário.

Assim, é necessário buscar soluções que melhor atendam às necessidades da população, particularmente no que diz respeito ao acesso à justiça e à Defensoria Pública.

Primeiramente, é importante salientar que sendo o atendimento da Defensoria Pública destinado aos necessitados, cabe a instalação dos órgãos em regiões onde estes cidadãos estejam localizados, ou seja, cumpre priorizar as regiões de periferia e os grandes bolsões de miséria.

É imprescindível também que a Defensoria Pública conte com um quadro de apoio composto por profissionais de outras áreas, como psicólogos e assistentes sociais, dado o intrínseco caráter interdisciplinar de muitos atendimentos, a exemplo da área de família e de infância e juventude. Dessa forma, os defensores podem se concentrar na sua função básica de atendimento direto ao assistido e

identificação dos instrumentos mais adequados para a solução de seu problema.

Quanto aos defensores públicos, é necessário que se estabeleçam critérios diferenciados no concurso de ingresso e treinamento a fim de que se possa garantir o recrutamento de verdadeiros agentes de transformação social, que sejam sensíveis aos problemas sociais e que tenham vocação para a atribuição que lhes foi incumbida.

Cabe ao defensor público não apenas promover a defesa judicial dos interesses individuais e coletivos, mas também atuar junto às comunidades, prestando orientação jurídica a população, colaborando com a difusão do conhecimento sobre direitos humanos e cidadania, promovendo mecanismos alternativos de solução e administração de conflitos.

Nesse escorço, a construção da Defensoria Pública deve ter como foco as três “ondas” do acesso à justiça cujas primeiras incursões se deram por Cappelletti e Garth, fazendo-se mister possibilitar uma assistência jurídica integral, gratuita e efetiva, defender, além dos clássicos paradigmas individuais, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos necessitados e buscar alternativas extrajudiciais para a solução dos conflitos.

Ademais, é importante que se saliente também a atuação preventiva do órgão, quando orienta os cidadãos para que tomem consciência de seus direitos, além de buscar outras formas extrajudiciais para a solução dos conflitos.

Nas insígnias lições de Sérgio Luiz Junkes (2008, p. 126), o artigo 134:

parece dizer menos do que deveria, pois a Defensoria Pública exerce inúmeras funções desvinculadas da atividade jurisdicional, quando, por exemplo, presta aos necessitados orientação jurídica ou promove defesa em processo administrativo.

Dessa maneira, ainda segundo o autor (2008, p. 126): “a ‘justiça’ em relação à qual a Defensoria Pública exerce ‘função essencial’, não se confunde meramente com a jurisdição”.

Objetiva-se, assim, que por meio dessas funções desvinculadas da atividade jurisdicional, desafogar o Poder Judiciário, na medida em que se busca uma solução participativa e negociada entre as partes.

Nesse sentido, têm-se como funções extrajudiciais da Defensoria Pública a orientação jurídica, a promoção da conciliação das partes, além de sua atuação em órgãos fiscalizadores e administrativos.

Um dos principais obstáculos para um efetivo acesso à Justiça reside no fato de grande parte da população brasileira desconhecer direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Assim, “quanto menor o poder aquisitivo do cidadão, menor o seu conhecimento acerca de seus direitos e menor a sua capacidade de identificar um direito violado e passível de reparação judicial”. (CESAR, 2002, p. 97)

Nesse contexto, a Defensoria Pública apresenta-se como fundamental para que haja superação desse obstáculo sociocultural, cabendo ao defensor orientar e conscientizar acerca da situação jurídica em que se encontra o necessitado, além de explicitar os meios de que dispõe para efetivar seus direitos.

A orientação jurídica aos necessitados representa uma das funções mais importantes da Defensoria Pública, na medida em que essa assistência serve como liame para o acesso à ordem jurídica justa.

Outra função incumbida aos defensores públicos é a de buscar extrajudicialmente a solução dos conflitos de interesses dos necessitados (artigo 4º, inciso I).

Diversas defensorias, como as do Estado da Bahia, Alagoas e Rio de Janeiro, possuem órgãos de conciliação e mediação que têm sido eficazes em resolver causas sem levá-las ao Poder Judiciário.

A promoção extrajudicial de conciliação das partes em conflitos de interesse realizada pela Defensoria Pública é de extrema importância, uma vez que diminuindo o número de processos em andamento no Poder Judiciário, acelera-se a tramitação dos mesmos e com isso, possibilita-se um maior acesso à justiça.

O objetivo da conciliação é a tentativa de acordo amigável entre as partes. Assim, cumpre ao defensor público aproximar e aconselhar juridicamente as partes quanto aos seus direitos e deveres, sempre na construção de um acordo.

Quase sempre a divergência se instaura por completo desconhecimento da lei e após os esclarecimentos prestados pelo Defensor Público, as partes, em geral, buscam uma solução amigável a ser firmada na sua presença. Com isso, evita-se o início de inúmeras ações, desafogando-se o Judiciário e agilizando a composição dos conflitos. (MORAES, 1995, p. 24-25)

Os acordos que forem referendados, ou seja, assinados pelos defensores públicos, são legalmente títulos executivos extrajudiciais, podendo ser executados se não forem cumpridos.

Almeja-se, com isso, a diminuição significativa no tempo de duração do litígio e a solução dos conflitos por meio de procedimentos informais e simplificados, trazendo como consequência a redução no número de processos em andamento no Poder Judiciário.

Outra importante função extrajudicial dos defensores públicos refere-se à defesa dos interesses dos hipossuficientes no âmbito administrativo.

Caberá ao defensor atuar junto aos Conselhos Estaduais e Municipais de Defesa da Criança e do Adolescente, nos Órgãos de Proteção ao Consumidor, do Meio Ambiente e dos Conselhos Estaduais dos Direitos da Mulher.

Atuando junto a essas instituições, a Defensoria Pública valoriza a atuação administrativa, concretizando o direito do assistido de forma mais célere, tendo em vista que na maioria das vezes a solução para o conflito se dá na própria via administrativa.

Resta evidente, portanto, a importância que se reveste a atividade extrajudicial da Defensoria Pública. Os efeitos dessa forma de atuação são essenciais para a afirmação da cidadania.

4 ENTES ATUANTES NA AUSÊNCIA DE ESTRUTURAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA

A Defensoria Pública detém, com exclusividade, a função de orientar juridicamente e de defender em todos os graus os necessitados, nos termos do artigo 134 combinado com o 5º, inciso LXXIV, ambos da Constituição Federal.

Nesse sentido, não é facultado ao Estado-membro escolher se organiza ou não a Defensoria Pública. Trata-se de instituição estabelecida na Lei Maior, objetivando diminuir a dificuldade que os necessitados têm para o acesso efetivo à justiça.

Segundo ensinamento do defensor público Rogério dos Reis Devisate (2002, p. 286):

Fica nítida a intenção de buscar o constituinte de então uma sólida instituição capaz de atender aos menos favorecidos de riquezas de cunho eminentemente material, mesmo nos mais distantes rincões do país, na possibilidade de permitir possa ele lutar pelos seus direitos.

Ocorre que, lamentavelmente, ainda existem Estados da Federação que insistem em descumprir o que determina a Constituição Federal e a Lei Complementar Federal nº 80/94.

O Estado de São Paulo, o mais populoso do Brasil, por exemplo, demorou 17 (dezesete) anos para criar sua Defensoria Pública. Por sua vez, o Estado de Santa Catarina sequer implementou o órgão. A situação não é muito diferente nos Estados do Paraná, o qual demorou 23 anos para instituir a Defensoria Pública no Estado.

Diante dessas deficiências estruturais da Defensoria Pública no Brasil, faz-se necessário a atuação de outros entes que preencham a lacuna e minimizem essa assistência jurídica gratuita deficitária que existe no país.

Em vários Estados da federação, como o número de defensores públicos é insuficiente para atender a população de necessitados, são nomeados advogados particulares – advogados dativos – para atuarem junto àqueles que não podem arcar com os custos do processo.

Ocorre que a assistência jurídica abrange muito mais do que a simples nomeação de advogado, devendo englobar, conforme já

explicitado, não só a assistência judiciária, mas também informações, consultoria, processos e procedimentos judiciais e extrajudiciais.

O Ministério Público é outro importante ente para a garantia do acesso à justiça. Cabe ao órgão ministerial fiscalizar a execução e efetivação dos direitos fundamentais, coletivos e sociais. Para isso, contam com instrumentos de ação como o mandado de segurança e a ação civil pública, que possibilitam a busca pela defesa dos direitos dos cidadãos.

Além do Ministério Público, os Núcleos de Prática Jurídica das Faculdades de Direito têm dado inestimável contribuição em relação à assistência jurídica à população de baixa renda e o seu acesso ao Poder Judiciário.

O Núcleo de Prática é um grande instrumento de democratização do acesso à justiça, na medida em que a toda a comunidade se beneficia por meio da orientação jurídica prestada pelos estudantes de Direito, tendo seus problemas levados à apreciação do Poder Judiciário sem de qualquer tipo de custo.

Para o professor André Macedo de Oliveira (2004, p. 135):

O Núcleo de Prática Jurídica é a base para o redesenho da teoria e a prática, uma vez que apresenta vários papéis na trajetória do bacharel em direito, caracterizando-se com um espaço oportunizador do acesso à justiça, considerando meio para a concretização dos direitos humanos, e sua relação com os outros órgãos de que prestam assistência e com o Poder Judiciário.

Os Núcleos seguem, em geral, o parâmetro das Defensorias Públicas, ou seja, atendem, na comunidade carente, cidadãos que ganhem até três ou quatro salários mínimos.

Segundo insignes lições de André Macedo de Oliveira (2004, p. 134):

O papel principal dos escritórios é ajudar a suprir a insuficiência das defensorias públicas, beneficiando, de um lado os estudantes com uma experiência para a vida profissional e também socorrendo as pessoas necessitadas, que não podem pagar advogado.

Fica claro, assim, a importância do Núcleo de Prática Jurídica para a prestação de relevantes serviços sociais, que contribuem para um maior conhecimento do cidadão dos direitos de que dispõe, além dos meios para sua efetivação, ajudando a suprir, assim, as falhas da atuação estatal.

Apesar do inegável mérito dessas iniciativas, existe ainda uma larga faixa da população que tem grande dificuldade para o acesso a um advogado, ocorrendo diariamente no Brasil muitas situações em que a falta de conhecimento dos direitos ou a impossibilidade de defendê-los pelos meios legais resulta na prática de injustiças graves.

Dessa forma, embora esses entes venham contribuindo de maneira inconteste para um maior acesso à justiça, não há como substituírem as Defensorias Públicas, que são as verdadeiras encarregadas pela prestação da assistência jurídica aos necessitados. A atuação desses entes deve ser de forma supletiva e não substitutiva dos órgãos estatais.

De acordo com Rogério dos Reis Devisate (2002, p. 288):

que seja feita uma cruzada mobilizadora da opinião pública, dos partidos políticos, da classe política, do meio jurídico, da imprensa, enfim, dos formadores de opinião, de que não adianta mais medidas paliativas ou propostas mirabolantes, uma vez que o acesso à justiça para os hipossuficientes deve obrigatoriamente passar pelas Defensorias Públicas.

Resta evidente, portanto, a necessidade de se investir na Defensoria Pública, uma vez que é o instrumento mais apto para inclusão, educação e proteção dos direitos dos necessitados, contribuindo para que, por meio de sua atuação, assegure-se o acesso efetivo à justiça.

CONCLUSÃO

O acesso à justiça é um direito fundamental, sem o qual os demais direitos não podem ser efetivamente garantidos e em especial o direito ao convívio pacífico e a Paz.

O direito do acesso da população à justiça não se limita apenas ao acesso aos Tribunais, englobando, além disso, a qualidade dos serviços jurisdicionais, a tempestividade da tutela ministrada mediante o processo e a efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, trata-se de assegurar aos cidadãos o acesso a uma ordem jurídica justa.

Só haverá pleno acesso à justiça quando for assegurado a cada cidadão tudo aquilo e exatamente aquilo a que tenha direito.

Há muitos obstáculos a serem superados como as elevadas custas e despesas processuais, a falta de celeridade na tramitação do processo, o excesso de formalismo, a estrutura deficiente do Poder Judiciário, e, principalmente, a dificuldade que muitos cidadãos têm para reconhecer um direito e propor uma ação.

Os obstáculos para o acesso à justiça vão além das condicionantes econômicas, envolvendo também condicionantes sociais e culturais, consideradas extremamente graves e inibidoras para o acesso à ordem jurídica justa.

A Constituição determinou a instalação da Defensoria Pública em todos os Estados da federação, de modo a efetivar o direito à ordem jurídica justa, através da atuação do órgão estatal.

Sendo a Defensoria Pública um agente de transformação social, que serve de instrumento de realização do primado constitucional da igualdade como garantia da ordem democrática, o segundo capítulo foi dedicado aos aspectos estruturais desse órgão estatal.

Estabeleceu-se a distinção entre justiça gratuita, assistência judiciária, assistência jurídica e Defensoria Pública, uma vez que, frequentemente, essas expressões são utilizadas equivocadamente como sinônimas. A Defensoria Pública, entretanto, abrange todas essas expressões, tendo em vista que propicia a assistência jurídica integral, ou seja, engloba além da assistência judiciária, outros serviços jurídicos não relacionados ao processo, como orientações, defesa dos interesses no âmbito administrativo, entre outros.

A relação existente entre o direito do acesso à justiça e o órgão estatal da Defensoria Pública é direito assegurado pela Constituição que o cidadão, no momento da luta pelo direito, tenha ao seu dispor a Defensoria Pública, órgão estatal que tem a atribuição de cumprir o dever do Estado de prover a assistência jurídica aos

hipossuficientes, provendo paridade de armas e condições em todos os graus.

A Defensoria Pública é o órgão, portanto, que contribui para a integração e a inclusão social dos necessitados, cabendo ao mesmo o ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário, bem como a orientação para a defesa de seus, o modo de exercê-los e a possibilidade de formas alternativas de solução de litígios.

Sem a instituição da Defensoria Pública, a garantia de acesso à justiça não passa de promessa que não sairá do papel àqueles excluídos da vida social digna.

Para que a Defensoria Pública esteja devidamente estruturada de forma a garantir aos necessitados o acesso à ordem jurídica justa, deverá, por conseguinte, considerar as três “ondas” renovatórias do acesso à justiça, cujas primeiras incursões se deram por Cappelletti e Garth, possibilitando uma assistência jurídica integral, gratuita e efetiva, defendendo, além dos clássicos paradigmas individuais, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos necessitados e buscando alternativas extrajudiciais para a solução dos conflitos.

A atuação preventiva da Defensoria Pública, importante meio para desafogar o Poder Judiciário, à medida que busca promover orientação jurídica e a conciliação das partes, além de atuar em órgãos fiscalizadores e administrativos.

A inércia de Estados da federação em instalar, conforme determina a Constituição, suas Defensorias Públicas, fez-se uma análise da importância de outros entes que atuam na ausência de estruturação desse órgão estatal.

Embora importante a relevância que os Advogados dativos, os núcleos de prática jurídica de Instituições de Ensino e o Ministério Público, têm para minimizar a deficiência da assistência jurídica gratuita que existe no país e estes entes estejam contribuindo de maneira inconteste para o maior acesso à justiça, não há como substituírem as Defensorias Públicas, que são encarregadas pela prestação da assistência jurídica aos necessitados.

Não se pode pensar em atender aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial aos fundamentos previstos no artigo 1º, e aos objetivos fundamentais elencados no artigo 3º, nem ao efetivo exercício dos direitos e garantias positivados

nos incisos 5º da Constituição Federal, sem que a Defensoria Pública esteja devidamente estruturada de forma a garantir aos necessitados o acesso à ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco; PIMENTA, Marília Gonçalves. *Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais na Defensoria Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BOCHENEK, Antônio C. ; COSTA, Ilton Garcia ; CACHICHI, Rogério Cangussu D. Paz em Dupla Perspectiva: A Paz Ética e a Paz Política. In: Ilton Garcia da Costa; Valter Foleto Santin; Adolfo Prosdocimi. (Org.). *Inclusão Social: Direitos Humanos e Constituição: Simpósio ISO CERTOS 2016*. 1ed. Bandeirantes PR: Redige, 2017, v. 1, p. 21-40.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Acesso à Justiça no Plano dos Direitos Humanos. In: QUEIROZ, Rafael Augusto Sofiati de (org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comentários*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, José Roberto de. *Manual de Assistência Judiciária: teoria, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1987.

CESAR, Alexandre. *Acesso à Justiça e Cidadania*. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CHICHOCKI NETO, José. *Limitações ao acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COSTA, Ilton Garcia; GONÇALVES, Aline M. . Da Sociedade Antiga à Sociedade Política e a Funcionalidade do Direito. *NOMOS (FORTALEZA)*, v. 36, p. 205-224, 2016

COSTA, Ilton Garcia; MERHEB, Marcos P. S. B. ; SANTOS, Sandra F. B. . Derecho a la Salud y Suministro de Medicamentos - Desafíos del Estado Democrático y Social de Derecho ante las Garantías Constitucionales. *Revista de Derecho y Câmbio Social*, v. 49, p. 1-30, 2017.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. v. II e IV. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DEVISATE, Rogério dos Reis. Acesso à Justiça – Problema de Essência: a Defensoria Pública como a Solução Constitucional para os Hipossuficientes. In: QUEIROZ, Rafael Augusto Sofiati de (org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol I. 2 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GARCIA DA COSTA, Ilton; GODOY PULCINELLI, Ana Luiza . Imigrantes: uma análise crítica dos serviços públicos adotados para a sua inserção no mercado de trabalho - 10.12818/p.0304-2340.2017v71p243. *Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 71, p. 243-267, 2018

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*, 2 ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

_____. Ada Pellegrini. Modernidade do Direito Processual Brasileiro. In: *O Processo em Evolução*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o Princípio da Justiça Social*. Curitiba: Juruá, 2008

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. *Os Direitos Humanos Econômicos, Sociais e Culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARCACINI, Augusto Tavares Rocha. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Porcesso Civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A Cidadania e o Poder. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MESSITE, Peter. *Assistência judiciária no Brasil: uma pequena história*. In: *Revista dos Tribunais*. vol. 392. Rio de Janeiro, 1968.

MORAES, Humberto Peña; SILVA, José Fontenelle T. *Assistência judiciária: sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado*. 2 ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1984.

MORAES, Silvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da Defensoria Pública: Lei Complementar 80, de 12.01.1994*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, André Macedo de. *Ensino Jurídico: diálogo entre teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

PASSOS, Fernando. Acesso à justiça e modelo de administração da justiça. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n.37, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. Comentários à Constituição de 1967. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Realidade e perspectivas da assistência jurídica ao necessitado no Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

ROCHA, Jorge Luís. *História da Defensoria Pública e dos defensores públicos do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Fábio Costa. Acesso do Hipossuficiente à Justiça. A Defensoria Pública e a Tutela dos Interesses Coletivos *Lato Sensu* dos Necessitados. In: QUEIROZ, Rafael Augusto Sofiati de (org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica integral e gratuita*. São Paulo: Método, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4 ed.rev.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

CRUZANDO FRONTEIRAS EM BUSCA DA PAZ:

A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PERANTE OS IMIGRANTES

Isabela Tremeschin Barreira¹

INTRODUÇÃO

A presença de imigrantes no cenário social brasileiro é evidente desde o início da escravidão, onde negros africanos eram trazidos com a finalidade de realizar os mais diversos serviços em âmbito rural e doméstico, especialmente nas plantações de cana-de-açúcar. Com o fim deste período nefasto da história nacional, a imigração aparece novamente com a chegada de europeus — como portugueses e italianos — almejando uma vida mais digna, longe das guerras que desolavam seu continente assim como das pestes que matabam impiedosamente a população.

O processo de imigração nem sempre foi simples para os estrangeiros. Na República Velha, período entre 1889 e 1930 pairava sobre os governantes um ideal de branqueamento da população resultando em políticas que dificultavam a entrada de imigrantes negros e asiáticos. Posteriormente, com o governo Vargas a promulgação de um decreto no ano de 1932 que proibia a entrada de imigrantes no país causou uma enorme discussão. Apenas no período Pós Segunda Guerra Mundial que o cenário da imigração foi ganhando contorno mais humanitário e protetor. Neste ínterim o Brasil firmou acordos com a ONU para receber refugiados em seu território mediante aprovação do governo, sendo evidente a preferência para aqueles que pudessem exercer algum ofício no país.

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, isadoratremeschin@gmail.com

No entanto, os avanços alcançados foram aniquilados durante o regime militar. Durante tal regime o país não mais integrava as convenções internacionais de direitos humanos se opondo as migrações e ao recebimento de refugiados. Certo avanço foi apresentado no Executivo nacional no ano de 1980 com a edição do Estatuto do Estrangeiro que ao menos normatizava situações relativas à imigração. O Estatuto foi reformulado em 1996 apresentando-se como uma legislação de vanguarda no assunto por tratar os imigrantes estrangeiros com pleno respeito e garantindo a dignidade dos mesmos.

O novo texto normativo, assim como a criação do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) em 1997 estimulou os estrangeiros para que viessem ao Brasil com maior facilidade. Tal conjuntura favorável às imigrações, os pedidos de vistos e refúgio aumentaram, assim como as demandas apresentadas pelos estrangeiros no judiciário brasileiro. Questões como moradia, família e trabalho permeavam nossas Varas e Tribunais.

Foi a partir de tais litígios que a Defensoria Pública da União decidiu por auxiliar — em caráter especial — os imigrantes e refugiados residentes no país. O órgão uniu-se à ONU criando entendimentos que facilitam a cooperação entre ambas as instituições. No entanto, a criação do Grupo de Trabalho Migrações e Refúgio tornou-se o maior exemplo de atuação da Defensoria Pública neste cenário. O grupo formado por defensores públicos federais participa de diversas iniciativas em prol de imigrantes e refugiados garantindo maior qualidade de vida e principalmente a proteção do Estado diante desta população fragilizada.

1 BREVE CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA IMIGRAÇÃO E REFÚGIO NO BRASIL

O ser humano conhece a necessidade da imigração e do refúgio desde o início de sua história em sociedade. A necessidade de sobrevivência, em um período mais precário da existência humana, moveu milhares de pessoas de suas terras natais à procura de terra fértil, sustento e um habitat seguro. Esta forma de imigração e refúgio, em que fatores como a fome, a terra infértil e a ausência de um local apropriado para a sobrevivência eram cruciais para que o homem continuasse a existir, permaneceu por longo período de tempo.

Ocorre que, na sociedade moderna, mesmo com o desenvolvimento tecnológico obtido nas últimas décadas, a fome, a terra infértil e a insegurança ainda são motivos de sofrimento. Observa-se, a título de exemplo, os cidadãos sírios, que, embora tivessem alimento e terra fértil, padecem com guerras e violência dentro de sua própria pátria. Atualmente, o refúgio já é admitido e regulado em muitos países, dentre eles, o Brasil, que desde o século XIX legisla acerca dos fluxos migratórios e de refúgio.

No fim do século XIX havia grande estímulo para a vinda de estrangeiros capazes de trabalharem nas lavouras do País. No ano de 1850 o legislativo nacional desenvolveu a Lei nº 601 — Lei de Terras — fomentando a vinda de imigrantes para o solo brasileiro. A lei garantia a naturalização de estrangeiros residentes a mais de dois anos no país que comprassem, se estabelecessem ou exercessem atividade industrial.

Art. 17. Os estrangeiros que comprarem terras, e *nellas* se estabelecerem, ou vierem á sua custa exercer qualquer *industria* no *paiz*, serão *naturalizados* querendo, depois de *dous annos* de *residencia* pela *fôrma* por que o foram os da *colonia* de S. Leopoldo, e ficarão isentos do serviço militar, menos do da Guarda Nacional dentro do *municipio*.

Paralelamente a tal iniciativa outras instituições foram fundadas com o mesmo propósito — facilitar a imigração para o Brasil — entre as principais encontram-se a Sociedade Central de Imigração (1833 a 1891) localizada no Rio de Janeiro, a Sociedade Promotora de Imigração (1886 a 1896) e a Associação Auxiliadora da Colonização e Imigração (1871), ambas na cidade de São Paulo. Tais instituições tinham em comum o objetivo de encaminhar imigrantes para as pequenas propriedades rurais e lavouras de café.

Tais diligências pró-imigração foram sedimentadas na Constituição de 1891 com a permissão de naturalização de estrangeiros como afirma Lucia Oliveira Lippi.

A Constituição de 1891 garantia a nacionalização automática de qualquer estrangeiro que vivesse no Brasil que, num prazo de seis meses, não se declarasse contrário à nacionalização. OLIVEIRA, LUCIA LIPPI. 2002. p. 131-135)

No período definido entre 1889 a 1930, denominado República Velha, foi apresentado um contingente expressivo de imigrantes europeus que vieram ao Brasil à procura de trabalho e melhor qualidade de vida para suas famílias, atuando principalmente nas lavouras de café. De acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) no período de 1894 a 1903 foram registrados o total de 852.110 mil imigrantes em solo nacional, dentre eles alemães, espanhóis, italianos, portugueses, sírios e turcos. Os dados apresentados reiteram a política de privilégio à imigração de europeus ao Brasil, conhecida como política de branqueamento desenvolvida com base no entendimento acerca da inferioridade daqueles que não se enquadravam como o estereótipo da época, qual seja, o homem branco. Desta forma, estrangeiros provenientes da África e Ásia não eram bem-vindos no Brasil. Confirmando o exposto quanto à preferência de imigrantes europeus, Lucia Lippi Oliveira em sua obra *O Brasil dos Imigrantes* observa:

Intelectuais brasileiros construtores da teoria do “branqueamento” no início do século XX — processo seletivo de miscigenação que dentro de três ou quatro gerações faria surgir uma população branca — viam a vinda de imigrantes brancos como um bem. (OLIVEIRA, LUCIA LIPPI. 2002. p.54-56).

Posteriormente, já no governo Vargas, a política contra imigração tornou-se ainda mais incisiva, com a promulgação em 12 de dezembro de 1930, do Decreto 19.482, o qual proibia a entrada de estrangeiros no País.

Art. 1º Fica, pelo prazo de um ano, a contar de 1 de janeiro de 1931, limitada a entrada, no território nacional, de passageiros estrangeiros de terceira classe.

Foi então que, em 1934, o Presidente emitiu o Decreto 24.215 flexibilizando a política proibitiva quanto ao ingresso de imigrantes no Brasil. Tal Decreto determinava cotas a certo grupo de pessoas que poderiam adentrar em solo brasileiro. O real motivo para elaboração do Decreto foi a ausência de mão de obra destinada ao trabalho nas lavouras do País, obrigando o Governo a aceitar os imigrantes. Resta visível a eleição de imigrantes interessados em atuar como agricultor,

artesão ou colono afastando as chances de trabalhos formais nos centros urbanos, situação considerada ameaçadora pelo então Governo.

Outro exemplo de norma que visava dificultar a permanência de estrangeiros no país foi a cotização da entrada de estrangeiros no país pela Constituição de 1934. Segundo explica a professora Endrica Geraldo

Antes disso, uma das decisões de maior relevância na política migratória nacional ocorreu com a aprovação da emenda que ficou conhecida como "lei de cotas". Na Constituição de julho de 1934, o parágrafo 6 do artigo 121 determinava que restrições deveriam ser impostas à entrada de imigrantes com o objetivo de garantir a "integração étnica e capacidade física e civil do imigrante". Essas restrições estipulavam o limite anual, para cada nacionalidade, de dois por cento do número total dos respectivos membros já fixados no Brasil nos *cinquenta* anos anteriores à aprovação da lei. Ficou ainda proibida, de acordo com parágrafo seguinte do mesmo artigo, a concentração de imigrantes em qualquer parte do território brasileiro. (GERALDO, ENDRICA. 2009. p. 04)

Desta forma o governo conseguia restringir a vinda de novos imigrantes ao Brasil. A real intenção da emenda foi a de garantir as vagas de emprego aos nacionais uma vez que os imigrantes apresentavam — para os governantes da época — uma ameaça aos brasileiros.

No entanto, tal restrição não impedia que uma série de imigrantes chegassem ao Brasil, situação que despertou o país para mudanças. No ano de 1951, já no Pós Segunda Guerra Mundial, a ONU (Organização das Nações Unidas) criou o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, o qual foi ratificado pelo Brasil em 1960, apresentando políticas sociais mais inclusivas em relação aos estrangeiros. Todavia, ainda se fazia necessário à aprovação governamental para entrada de cidadãos estrangeiros no Brasil.

O Estatuto dos Refugiados e Apátridas se apresentava como moderno aos termos gerais da época, e incluía em seu Art. 3º a proibição à discriminação daqueles que ingressassem em território estrangeiro;

Art. 3º - Não discriminação.

Os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem.

Todavía, com o início do Regime Militar as relações sociais entre ONU e o Brasil tornaram-se rarefeitas, fazendo com que os processos migratórios internacionais se tornassem eventos esporádicos no cotidiano nacional. O que fora disseminado na sociedade era que a entrada de imigrantes traria riscos à segurança nacional.

Só então que, no ano de 1980, com o já desbastado Regime Militar em via de ser extinto pelo retorno da Democracia, fora criado o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80). Com a promulgação da Lei a situação dos imigrantes e refugiados mudou completamente. Logo em seu Art, 1º garantia que “[...] qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais”, o que tornou muito mais fácil sua entrada em território nacional.

Foi no período de Redemocratização que políticas destinadas à proteção e acolhimento dos imigrantes e refugiados se sedimentaram. Em 1951, no âmbito do Secretariado da ONU, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (Acnur) foi concebido a fim de monitorar o cumprimento da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951. Em 1998 foi criado o CONARE (Comitê Nacional para os Refugiados) órgão vinculado ao Ministério da Justiça competente a deliberar acerca de políticas que envolvem estrangeiros que ingressam no Brasil.

Recentemente — mais especificamente em 2017 — fora promulgada a Lei de Migração (Lei nº 13.445), que estabelece diretrizes acerca dos imigrantes, emigrantes, residentes fronteiriços, visitantes e apátridas.

A fim de complementar o tema foram desenvolvidos princípios e diretrizes regentes destes processos, dentre eles estão: universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; acolhida humanitária; igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do

adolescente migrante; promoção do reconhecimento acadêmico e do exercício profissional no Brasil, nos termos da lei; repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas.

Destarte, após diversos períodos em que os direitos de imigrantes e refugiados foram tratados como irrelevantes e desnecessários, hoje a legislação nacional acerca do tema é garantista dos direitos humanos fundamentais inerentes àqueles que por tanto sofreram e que aqui buscam um recomeço honesto, digno e feliz.

1.2 ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA QUANTO A IMIGRAÇÃO

Diante do expressivo número de imigrantes e refugiados recebidos pelo Brasil nos últimos anos, vislumbrou-se a necessidade de um órgão público ser capaz de atender as mais diversas demandas judiciais destes estrangeiros aqui residentes. Esta necessidade está relacionada ao preceito constitucional do acesso à justiça, impondo ao Estado medidas para garantir o ingresso dos imigrantes no Judiciário.

O principal órgão público que vem auxiliando imigrantes em todo território nacional é a Defensoria Pública da União. Tal instituição cuida daqueles considerados hipossuficientes pelo Estado os quais vivem em situação de vulnerabilidade. Nesta posição estão os imigrantes e refugiados que se instalaram no Brasil a procura de paz.

Segundo relatório da Secretaria Nacional de Justiça — órgão de responsabilidade do Ministério da Justiça — no período entre 2014 a 2016 foram apresentadas 67.363 solicitações de refúgio no Brasil. Dentre as nacionalidades que representam maior contingente de refugiados encontram-se os Venezuelanos, Angolanos, Haitianos e Sírios. Os refugiados da Síria, República Democrática do Congo, Paquistão, Palestina e Angola tiveram os maiores índices de deferimento de solicitação de refúgio no ano de 2016, totalizando 696 refugiados das respectivas nacionalidades.

Como resultado do terremoto que ocorreu no Haiti no ano de 2010, diversos haitianos tiveram de deixar o seu país, e encontraram em solo brasileiro a proteção que necessitavam. Por ser um país que preza a Dignidade daqueles que nele permanecem, o Brasil aprovou por meio do Conselho Nacional de Imigração uma resolução

normativa — nº 97/2012 — cujo teor facilitou o ingresso dos haitianos no País através da concessão de visto humanitário. Segundo relatório da Secretaria Nacional de Justiça, no ano de 2014 estavam pendentes 34.770 solicitações de refúgio de haitianos, sendo que no íterim de 2014 a 2016, por meio do despacho conjunto entre a CONARE e o Departamento de Migrações, 43. 871 haitianos tiveram sua situação regularizada.

Outro recente exemplo de migração é a Venezuela. O país vem sofrendo nos últimos anos com uma crise que está abalando toda a sociedade. Situações como a política, a inflação, a pobreza e a falta de medicamentos fazem com que muitos venezuelanos procurem refúgio no Brasil. Como a maioria dos fluxos migratórios, a chegada dos imigrantes em solo brasileiro não fugiu à regra. A desordem e a demora em obter os documentos capazes de efetivar o refúgio culminaram em uma situação de desamparo e vulnerabilidade. O estado de Roraima, por ser fronteira com a Venezuela, foi o mais afetado, representando — segundo a Defensoria Pública da União — o maior fluxo migratório internacional registrado pelo estado desde 1988.

Com a situação dos imigrantes e refugiados se agravando no território Nacional, a Defensoria Pública da União criou em 2014 o Grupo de Trabalho Migrações e Refúgios com a finalidade de auxiliar — judicial e extrajudicialmente — àqueles que necessitavam de suporte jurídico com o benefício da Justiça Gratuita, garantida pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXXIV.

Por meio da gratuidade da Justiça, preceito maior e fundamental também é preservado, qual seja, o Acesso à Justiça. Segundo preceitua Cappelletti e Garth sobre a definição do Acesso à Justiça.

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado o que, primeiro deve ser realmente acessível a todos (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p.8)

Entende-se, portanto como Acesso à Justiça, o dever do Estado em garantir meio eficaz para que toda a população, seja ela de nacionais ou estrangeiros, tenha condições de ingressar no

Judiciário a fim de preservar seus direitos. Desta forma, a garantia de Acesso à Justiça por meio da gratuidade reafirma e salvaguarda demais direitos constitucionais.

O Grupo de Pesquisa atua principalmente no âmbito da Lei de Migração auxiliando aqueles imigrantes que pretendem regulamentar sua situação no Brasil, mas se deparando com a dificuldade em enfrentar a burocracia, a ausência de auxílio jurídico e principalmente as altas taxas. Como majoritariamente estes imigrantes — como os já citados Haitianos e Venezuelanos — vivem em situação de vulnerabilidade e não possuem meios econômicos capazes de suportar os custos apresentados pelo Estado tal ajuda é muito benéfica.

Além do auxílio jurídico gratuito às demandas particulares dos imigrantes e refugiados, o Grupo de Trabalho formado por defensores federais presta assistência de forma mais abrangente a determinados grupos de imigrantes e/ou refugiados. Foi o que ocorreu recentemente com imigrantes Venezuelanos que buscaram em solo brasileiro garantia de uma vida mais digna.

O Grupo de defensores exerceu um trabalho multidisciplinar a fim de garantir com maior eficácia e rapidez a proteção dos Venezuelanos vivendo em situação de vulnerabilidade. Dentre as atitudes tomadas pelo Grupo de Trabalho encontram-se pesquisas com pessoas próximas aos Venezuelanos a fim de identificar as necessidades primordiais e urgentes enfrentadas pelos estrangeiros. Mediante tal pesquisa o Grupo compreendeu que a demora e a dificuldade em conseguir efetivamente ser reconhecido como imigrante no Brasil acarretava as maiores adversidades, dentre elas a impossibilidade de exercer ofício no País dada a ausência da Carteira de Trabalho que apenas pode ser emitida mediante a regularização da situação do estrangeiro.

Apesar do exaustivo trabalho do Grupo de Trabalho juntamente a diversas entidades (governamentais ou não), os Defensores Federais enfrentaram como maior impasse o próprio Estado, mais especificadamente a Polícia Federal. No dia 09 de Dezembro de 2017 a Polícia Federal, com o auxílio da Polícia Militar e Guarda Civil realizou operação com a finalidade de deportar mais de 450 Venezuelanos que estavam vivendo no Brasil. Os estrangeiros que passaram por este processo de deportação forçada e realizada no meio da noite permaneceram na sede da Polícia Federal em Boa Vista (estado de Roraima) sem comunicação com

seus defensores. Aproximadamente quatro horas depois do início do procedimento de tentativa forçada de deportação dos Venezuelanos, a Magistrada Luiza Mendonça da 4ª Vara Federal de Boa Vista concedeu liminar mediante iniciativa da Defensoria Pública, impedindo a continuidade do processo de deportação.

A situação gerou tamanho embaraço para o cenário de imigração nacional que o Ministério Público Federal por meio da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão emitiu nota pública repudiando a ação da Polícia Federal afirmando estar a medida *“desrespeitando a vontade do indivíduo, impossibilitando a ampla defesa e o contraditório.”*

Infelizmente, referido episódio não foi um ato em apartado. O mês de Agosto do presente ano de 2018 foi crítico quanto à preservação dos direitos de imigrantes e refugiados. Logo em seu início, foi promulgado o Decreto 25.681-E de 1º de Agosto de 2018 pela governadora do estado de Roraima Suely Campos restringindo o acesso aos mais variados setores do poder público para aqueles que não possuíssem passaporte válido.

O Decreto foi redigido e assinado pela governadora alegando que o fluxo migratório de Venezuelanos em direção a Roraima acarretou prejuízos ao estado. Algumas das justificativas apresentadas no decreto referem-se ao: aumento dos índices de criminalidade, a sobrecarga no serviço de saúde pública, entre outras. Tais afirmações tratam os imigrantes Venezuelanos de forma marginalizada, restringindo direitos a eles garantidos pela Constituição Federal, como o acesso a saúde gratuita e de qualidade.

Frente a tamanho insulto para com os imigrantes, o Ministério Público Federal emitiu na data de 02 de Agosto de 2018 a Recomendação nº20/2018 indicando a não publicação do Decreto ou, no caso deste já ter sido publicado, a sua completa revogação. O MPF teve como principal fundamento para a edição da Recomendação a proteção constitucional de igualdade entre aqueles que aqui permanecem, sejam nacionais, imigrantes, refugiados, entre outros.

CONSIDERANDO que a Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, além de prever, em seu art. 3º, inciso IV, como objetivo fundamental do Brasil, a promoção do bem de todos,

sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;

CONSIDERANDO que a Constituição Federal, em seu art. 5º, caput, estabelece que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”; (RECOMENDAÇÃO Nº20/2018, MPF)

Apesar da insistência do Ministério Público Federal o Decreto ainda não foi revogado, culminando um enorme prejuízo aos imigrantes estabelecidos em todo estado de Roraima.

Outro exemplo recente da atuação da Defensoria Pública da União na busca de proteção dos direitos de imigrantes e refugiados relaciona-se à determinação do Juiz Helder Girão Barreto, da 1ª Vara Federal de Roraima feita mediante liminar que impede a entrada de Venezuelanos que pretendem residir no Brasil por meio da fronteira com o estado de Roraima. A liminar foi uma “resposta” à Ação Civil Pública impetrada pela DPU (Defensoria Pública da União) juntamente com o MPF (Ministério Público Federal) contra o Decreto estadual 25.681-E supracitado. A decisão foi imediatamente cumprida pela Polícia Federal, bloqueando a entrada de Venezuelanos pela fronteira com Roraima, impedindo a entrada aqueles que não tinham pedido de refúgio, moradia temporária ou qualquer outra medida que comprovassem que não iriam permanecer no estado.

Todavia, na data de 07 de Agosto de 2018, o TRF da 1ª Região, em caráter de Plantão Judicial determinou através do Desembargador Federal Kassio Marques suspendeu a decisão proferida pela 1ª Vara Federal de Roraima demonstrando o enorme desrespeito frente aos direitos básicos dos imigrantes. afirmou o Desembargador o seguinte:

Depreende-se da leitura dos pedidos acima deduzidos que os autores (DPU e MPF) buscavam, fundamentalmente, ampliar o acesso dos imigrantes venezuelanos à vasta gama de serviços públicos brasileiros, o que, por óbvio, não é compatível com a ideia de lhes impedir até mesmo o ingresso no território nacional.

Desta forma, no dia 07 de Agosto as fronteiras entre Brasil e Venezuela foram reabertas graças aos esforços de órgãos Públicos

— em especial da Defensoria Pública da União — que prezam realmente pela proteção e efetividade das normas constitucionais sem desprezitar ou marginalizar aqueles que vêm ao Brasil à procura de uma vida digna e pacífica.

Desta forma, é possível visualizar a relevância de um órgão público de tamanha capacidade e complexidade atuar juntamente com outros setores da esfera pública, a fim de preservar e auxiliar aqueles que, na maioria das vezes, não tem garantido o básico em sua própria pátria sendo obrigados a migrarem para outro país de forma árdua e vulnerável. A justiça encontra-se no exato momento em que este estrangeiro é acolhido e consegue ver um futuro no novo país que o acolhe. Portanto o Brasil, como um país considerado facilitador e acolhedor não apenas por suas leis, mas também pelo seu povo, deve estar o mais próximo possível da justiça, garantindo por meio da atuação de seus órgãos uma vida digna e permeada de paz aos seus imigrantes.

CONCLUSÃO

A imigração é uma tentativa de readaptação social, na qual os seres humanos estão vivenciando desde seus primórdios, e que, muitas vezes está conectado a desastres sociais ou naturais, que mobilizam centenas ou até milhares de pessoas em todo o mundo.

O Brasil, por sua vez, participa intensamente destas situações ao abrigar refugiados e imigrantes em seu território, uma vez que é considerado, por muitos, um local acolhedor e receptivo. A realidade legislativa do País facilita a entrada de diversas pessoas e etnias que trazem na bagagem sua cultura e entendimento social.

Como forma de adaptar aqueles que buscam proteção no Brasil, Legislativo e Judiciário criaram diversos mecanismos que viabilizam a convivência entre diversas realidades e culturas distintas, a fim de proteger os direitos de pessoas em situação de risco ou fragilizadas em razão da imigração. Uma das instituições que foram mobilizadas está a Defensoria Pública, órgão público que tem como função primordial a proteção e preservação dos direitos dos que mais necessitam atuando de maneira eficaz para garantir a proteção e dignidade dos imigrantes e refugiados.

REFERÊNCIAS

ACNUR BRASIL. **ACNUR E DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO INICIAM COOPERAÇÃO EM PROL DE REFUGIADOS NO BRASIL**. ACNUR Brasil, 2012. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/2012/02/28/acnur-e-defensoria-publica-da-uniao-iniciam-cooperacao-em-prol-de-refugiados-no-brasil/>>. Acesso em 15 jun. 2018.

BRAVO, ÁLVARO A. SANCHEZ; MIALHE, JORGE LUÍS. **REFUGIADOS E MIGRAÇÕES NO SÉCULO XXI: DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES INTERNACIONAIS**. Belo Horizonte. Arraes Editores, 2017

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B.. **ACESSO À JUSTIÇA**. (E. G. Northfleet, Trad.) Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris., 1988

CÁRITAS BRASILEIRA. **CARTILHA PARA REFUGIADOS NO BRASIL**. Cáritas Brasileira, 2018. Disponível em: <http://caritas.org.br/wp-content/uploads/2013/09/CARTILHA_PARA_REFUGIADOS_NO_BRASIL_FINAL.pdf>. Acesso em 25 jul. 2018.

COSTA, EMILY. **JUIZ MANDA SUSPENDER ENTRADA DE VENEZUELANOS NO BRASIL PELA FRENTEIRA DE RR**. G1 RORAIMA, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2018/08/06/juiz-de-roraima-manda-suspender-entrada-de-venezuelanos-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 07 ago. 2018.

COSTA, MARLI MARLENE MORAES; REUSCH, PATRÍCIA THOMAS. **MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS (SOBERANIA, DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA)**. Passagens, Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro, vol 8, nº2, maio-agosto, 2016, p. 275-292. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/migracoes_internacionais.pdf>. Acesso em 10 jul. 2018

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **CONCURSO DE CASOS DE LITIGÂNCIA ESTRATÉGICA EM DIREITOS HUMANOS**. DPU Grupo de Trabalho Migrações e Refúgios, 2017. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2017/Caso_Regularizacao_Grupos_Vulneraveis.pdf> . Acesso em 28 jul 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **DPU ATENDE REFUGIADOS E MIGRANTES NO BRASIL**. DPU, 2017. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-internacional/37853-dpu-atende-refugiados-e-migrantes-no-brasil>>. Acesso em 02 jul. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **DPU REPUDIA REMOÇÃO FORÇADA DE VENEZUELANOS DA RODOVIÁRIA DE BOA VISTA-RR**. DPU, 2017. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/noticias-roraima/39996-dpu-repudia-remocao-forcada-de-venezuelanos-da-rodoviaria-de-boa-vista-rr>. Acesso em 10 jul. 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. **MIGRAÇÕES E REFÚGIOS**. DPU. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/migracoes-e-refugio>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

ENRICONI, LOUISE. **A HISTÓRIA MUNDIAL É UMA HISTÓRIA DE MIGRAÇÕES**. Politize!, 2017. Disponível em <<http://www.politize.com.br/migracoes-historia-mundial/>>. Acesso em 28 jul. 2018.

ENRICONI, LOUISE. **IMIGRANTE, REFUGIADO E ASILADO: QUAIS SÃO AS DIFERENÇAS?**. Politize!, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/refugiados-imigrantes-e-asilados/>>. Acesso em 28 jul. 2018

ENRICONI, LOUISE. **MIGRAÇÕES RELIGIOSAS NO MUNDO**. Politize!, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/migracoes-religiosas-no-mundo/>>. Acesso em 28. jul. 2018.

ENRICONI, LOUISE. **NOVA LEI DE MIGRAÇÃO: O QUE MUDA ?**. Politize!, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/nova-lei-de-migracao/>>. Acesso em 28 jul. 2018

ENRICONI, LOUISE. **POLÍTICAS MIGRATÓRIAS EM 5 PAÍSES**. Politize!, 2017. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/politicas-migratorias-em-5-paises/>>. Acesso em 28 jul. 2018.

GERALDO, ENDRICA. **A “LEI DE COTAS” DE 1934: CONTROLE DE ESTRANGEIROS NO BRASIL**. Cadernos AEL, vol15, nº27. 2009

LUSSI, Carmem. **POLÍTICAS PÚBLICAS E DESIGUALDADES NA MIGRAÇÃO E REFÚGIO**. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusp/v26n2/0103-6564-pusp-26-02-00136.pdf>>. Acesso em 04 ago. 2018

MACEDO, Fausto e AFFONSO, Julia. PROCURADORIA CRITICA ‘DEPORTAÇÃO EM MASSA’ DE VENEZUELANOS. **Jornal Estadão, 2016**. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/procuradoria-critica-deportacao-em-massa-de-venezuelanos/>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

MIGALHAS. **TRF-1: SUSPENSA LIMINAR QUE IMPEDIA ENTRADA DE IMIGRANTES VENEZUELANOS NO BRASIL**. Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI285174,31047-TRF1+Suspensa+liminar+que+impedia+entrada+de+imigrantes+venezuelanos>. Acesso em: 10 ago. 2018

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF RECOMENDA REVOGAÇÃO DE DECRETO ESTADUAL QUE VETA ATENDIMENTO A VENEZUELANOS. MPF Roraima, 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rr/sala-de-imprensa/noticias-rr/mpf-recomenda-revogacao-de-decreto-estadual-que-veta-atendimento-a-venezuelanos>>. Acesso em 06 ago. 2018

OLIVEIRA, LUCIA LIPPI. **O BRASIL DOS IMIGRANTES**. Jorge Zahar Editor. 2ª edição. 2002.

PEIXOTO, LEONARDO SCOFANO DAMASCENO. **PAPEL DA DEFENSORIA NA DEFESA DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS E APÁTRIDAS**. CONJUR, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-14/tribuna-defensoria-papel-defensoria-defesa-direitos-refugiados-apatridas>>. Acesso em: 14 jul. 2018.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **REFÚGIO EM NÚMEROS**. Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: <<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2017/refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>>. Acesso em 28 jul. 2018

TEIXEIRA, PAULO EDUARDO; BRAGA, ANTONIO MENDES DA COSTA; BAENINGER, ROSANA. **MIGRAÇÕES: IMPLICAÇÕES PASSADAS, PRESENTES E FUTURAS**. Marília. Cultura Acadêmica Editora, 2012. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/Publicacoes/migracoes2_ebook.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2018

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. **SUSPENSÃO DE LIMINAR : 108398920184010000/RR**. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Data da Publicação 07/08/2018. Migalhas, 2018. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/8/art20180807-07>. Acesso em: 10 ago. 2018

UNHCR. **SUBMISSION BY THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES FOR THE OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS' COMPILATION REPORT** (Submissão pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados para o relatório de compilação do Gabinete do Alto Comissário para os Direitos Humanos). UNHCR, 2017. Disponível em: <<http://www.refworld.org/docid/59197d644.html>>. Acesso em: 02 ago. 2018

ISS SOBRE OS SERVIÇOS DE *STREAMING*: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE JURÍDICA E TRIBUTÁRIA

Ana Carolina de Souza dos Santos¹

José Rafael Bragante²

Lucas Coutinho³

INTRODUÇÃO

A existência de um Estado pressupõe a necessidade de se arrecadar recursos para o exercício de sua atuação, tendo em vista que o tributo acompanha a humanidade desde a antiguidade e sua arrecadação é constituída de acordo com cada sistema tributário utilizado pelo Poder Público. Ao analisar a estruturação da humanidade em sociedades organizadas, os tributos não eram arrecadados dos cidadãos livres, mas apenas dos povos vencidos nas guerras como forma de punição e escravização, de modo que no período Clássico da Burguesia (século XII a XIII), a mínima presença do Estado na economia determinou a tributação aos cidadãos apenas para questões diplomáticas. Além disso, o Período Moderno (século XV a XVIII) representou um crescimento do Poder Público causado pelos *déficits* advindos do período pós Revolução Industrial, ao aumentar a carga tributária aos cidadãos, ocorrência presente até os dias atuais.

¹ Graduanda do Curso de Ciências Contábeis do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM

² Graduando do Curso de Ciências Contábeis do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM

³ Mestre em Ciências Contábeis e Docente do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM

Em sendo assim, os tributos determinam o funcionamento de um Estado de Direito, pois estes financiam sua atividade financeira, além de permitirem o desempenho de políticas públicas voltadas ao aspecto social e regulatório da economia. Com isso, no âmbito do direito tributário, destaca-se Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), tributo de competência dos Municípios e Distrito Federal disposto no art. 156, inciso III, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e regulamentado pela Lei Complementar nº 116/2003 (BRASIL, 2003), com alterações da Lei Complementar nº157/2016 (BRASIL, 2016).

Considerando que o ISS é a principal fonte de recursos dos municípios, cabe observar que sua doutrina de arrecadação passou por algumas alterações, por meio da supracitada Lei Complementar nº 157/2016, sob a justificativa de se ajustar à atual realidade brasileira e promover a diminuição da Guerra Fiscal entre os municípios. De 2003 até o atual ano de 2018, várias outras modalidades de serviços surgiram e outros já existentes se modificaram, bem como a concorrência entre os municípios persistiu e, inclusive, devido à necessidade de se arrecadar recursos para a manutenção das demandas municipais em tempos de crise.

Frente a esta situação, destaca-se como principal alteração da Lei Complementar nº 116/2003 a inclusão dos conteúdos de áudio e vídeo, imagem e texto, por meio da internet, sem cessão definitiva (BRASIL, 2016), conhecidos como serviços de *streaming*, no âmbito da hipótese de incidência tributária. Como resultado dessas alterações, a supracitada modificação passou a incluir a demanda por novas tecnologias e conteúdos digitais, tais como NETFLIX, SPOTIFY e APPLE MUSIC, no âmbito da cobrança tributária sujeita ao ISS, fator este que demanda uma análise crítica quanto à aplicabilidade de sua cobrança e, principalmente, no que se refere aos efeitos práticos nos preços das mensalidades pagas pelos consumidores.

De acordo com a doutrina tributária, a cobrança do ISSQN sobre os serviços de *streaming* é passível de inconstitucionalidade, pois estes não caracterizam uma prestação de serviço de alguém para outrem. No entanto, a jurisprudência compreende que sua cobrança é legítima, uma vez que empresas atuantes nesse segmento estão prestando um serviço aos seus consumidores (BARBOSA, 2017; MARIA, 2018).

Em vista do que foi apresentado, o presente Projeto de Iniciação Científica pretende responder a seguinte questão: "Com as alterações promovidas na Lei Complementar nº 116/2003, a categoria de serviços de streaming estaria juridicamente sujeita à cobrança tributária do ISSQN?". Dada essa ocorrência, o presente trabalho tem como objetivo analisar se com as alterações promovidas na Lei Complementar nº 116/2003, a categoria de serviços de *streaming* estaria juridicamente sujeita à cobrança tributária do ISS.

Considerando que a hipótese de incidência tributária ocorre mediante a descrição legislativa de um fato que enseja o nascimento da obrigação tributária (COSTA, 2009, p.186), espera-se que a análise do ISS possa contribuir no âmbito acadêmico e prático profissional de modo a promover respostas quanto à sua constitucionalidade e embasamento jurídico-tributário.

1 CARACTERÍSTICAS METODOLÓGICAS

Devido à natureza do presente trabalho, o estudo pode ser caracterizado como descritivo e qualitativo. Neste sentido, para a interpretação das informações em resposta à problemática proposta, o estudo tem como base a aplicação dos princípios de análise de conteúdo. Segundo Bardin (2011), esta técnica resume-se em um conjunto de procedimentos sistemáticos de análise das comunicações, visando obter indicadores, sejam eles quantitativos ou não, que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de conteúdo das mensagens.

Seguindo o mesmo entendimento de Richardson et al. (2008, p. 221) definem a análise de conteúdo como "uma técnica de pesquisa para a descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto da comunicação". Logo, a análise de conteúdo empregada na presente pesquisa consiste na consulta de materiais, artigos, livros e obras de autores que abordam a temática da Responsabilidade Social Corporativa a partir da aplicação relativa ao aspecto da tributação ambiental.

Com relação aos procedimentos técnicos, este estudo apresenta-se como pesquisa bibliográfica, elaborada com base em material já divulgado, constituído principalmente de normas advindas do Direito Tributário, além de livros e artigos científicos. Ademais, caracteriza-se como uma pesquisa documental por utilizar-se de documentos como fonte de dados, informações e evidências, uma

vez que se restringe a documentos escritos ou não e de fontes primárias, assim considerados os materiais compilados pelo pesquisador e que ainda não foram objeto de análise (SEVERINO, 2007, p. 122).

De acordo com a natureza do problema, este estudo caracteriza-se como aplicado, pois tem como propósito contribuir com fins práticos para a construção do conhecimento acerca do tema abordado. Por fim, para o desempenho da pesquisa foi utilizado o método indutivo, classificado como forma de avaliação ascendente (BERVIAN & CERVO, 2002), uma vez que se baseou na observação do problema particular em contrapondo às leis e teorias fundamentais no sentido de buscar uma resposta conclusiva a partir da abordagem da constitucionalidade tributária dos serviços de *streaming* no âmbito do ISS.

2 FUNDAMENTOS TEÓRICOS

2.1 DIREITO TRIBUTÁRIO: PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS À HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

De modo a promover uma abordagem acerca dos princípios constitucionais no âmbito do Direito Tributário, sua aplicação em determinar a origem da relação entre o governo e o contribuinte corresponde ao aspecto principal da hipótese de incidência tributária. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 146°, incumbiu à Lei Complementar a competência de criar as respectivas hipóteses de incidência de cada tributo, além da mensuração relativa às bases de cálculo, alíquotas e os respectivos contribuintes, no sentido de verificar em que momento ocorre, na prática, o Fato Gerador.

Com a importância atribuída à sua aplicação, Ataliba (2002) descreve que a hipótese de incidência é a descrição legal de um fato, de forma hipotética e genérica, tratando-se de um desenho abstrato de um fato jurídico. Por sua vez, Cassone (2011 p. 143) indica que se trata da “descrição que a lei faz de um fato tributário que, quando ocorrer, fará nascer a obrigação tributária”. Considerando o entendimento dos autores, destaca-se que a hipótese de incidência indica a situação prevista em lei apta a provocar obrigação tributária (quando ocorrida), ao tornar um fato qualquer em fato jurídico,

ocasionando tanto o pagamento do tributo quanto o cumprimento da obrigação acessória.

Sobre a ocorrência do respectivo fato jurídico, este corresponde ao Fato Gerador, conceito que, no entendimento de Sabbag (2011), indica a materialização da hipótese de incidência descrita em lei, deixando à abstração ao se tornar um fato concreto. Sendo assim, nas palavras de Cassone (2011, p. 148), Fato Gerador é “o fato que gera a obrigação tributária”. De acordo com o autor, trata-se de situações previstas em lei, cuja ocorrência produz efeitos jurídicos que obrigam a pessoa praticante a desempenharem determinados deveres perante o Fisco. Em outras palavras, é a ocorrência concreta de acontecimentos que são capazes de gerar uma obrigação tributária àquele que o praticou.

Para Coêlho (2002, p. 368), o fato descrito em lei:

[...] contendo todos os elementos hábeis à sua perfeita identificação (fato-tipo ou tipicidade), constitui o fato jurígeno da obrigação tributária principal. Uma vez que dito fato venha a ocorrer no mundo fenomênico, instaura-se a obrigação, vez que este é não apenas necessário como suficiente.

Em relação à obrigação descrita por Coêlho (2002), o Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), classifica a obrigação tributária como segue:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

Observa-se que a legislação distingue a obrigação tributária, classificando-a como sendo principal ou acessória. De acordo com a doutrina (BRASIL, 1966), a obrigação principal é decorrente do fato gerador, tendo como pretexto o próprio pagamento do tributo. Já a obrigação acessória diz respeito aos deveres a serem cumpridos com o intuito de assegurar o cumprimento da obrigação principal. Logo, a

obrigação principal compreende o ato de pagar pecuniariamente o tributo, enquanto que a obrigação acessória objetiva o contribuinte a fazer ou não fazer práticas de interesse do sujeito ativo em relação à arrecadação dos tributos.

No que se referem aos agentes da obrigação tributária, o Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966) os descrevem como Sujeito Ativo e Sujeito Passivo:

Art. 119. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Sobre esta compreensão, Amaro (2011, pp. 317-318) atribui ao Sujeito Ativo “[...] a pessoa titular do direito de cobrar aquele pagamento ou a pessoa legitimada para exigir o cumprimento do dever formal ou acessório”. Logo, este se caracteriza como o Poder Público, seja este no âmbito dos Municípios, Estados ou União, enquanto que o sujeito passivo “[...] é o devedor da obrigação tributária, ou seja, é a pessoa que tem o dever de prestar, ao credor ou sujeito ativo, o objeto da obrigação” (AMARO, 2011).

Ademais, o Sujeito Passivo caracteriza-se como aquele que deu origem ao fato gerador e encontra-se obrigado a pagar o tributo, podendo ser pessoa física ou jurídica, contribuinte ou responsável: a) Contribuinte, quando tenha uma relação direta com a obrigação tributária; e b) Responsável, quando sem ter dado origem ao fato gerador e, conseqüentemente à obrigação tributária, deve cumprir com o pagamento por disposição expressa em lei. Em se tratando do contribuinte, Costa (2009) complementa ao retratá-lo como protagonista do fato descrito na hipótese de incidência, no instante quem classifica o responsável como um terceiro, alheio à hipótese de incidência, mas que foi eleito por lei a responder pelo recolhimento do tributo.

No campo doutrinário, o fato gerador é estratificado em diversos aspectos que constituem a matriz de cobrança tributária. Em

sua semântica jurídica, estes fundamentam a hipótese de incidência a partir de sua relação direta com o fato gerador, pois tratam da norma conduta que informa os limites materiais de incidência do fenômeno tributário, sendo eles os aspectos de ordem Material, Temporal, Especial, Quantitativo e Pessoal, apresentados a seguir.

QUADRO 1 – ASPECTOS RELACIONADOS À INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

ASPECTO	DEFINIÇÃO
Material	Trata-se do núcleo da hipótese de incidência. É a situação definida em lei como necessária e suficiente para o surgimento da obrigação tributária.
Temporal	Determina o exato momento em que se considera ocorrido o fato gerador, pois estabelece qual a legislação a ser aplicada na constituição do crédito tributário.
Espacial	Trata-se da indicação de circunstâncias de lugar, contidas explícita ou implicitamente na hipótese de incidência, relevantes para a configuração do fato imponible.
Quantitativo	Corresponde ao cálculo do quanto será exigido, partindo dos valores da base de cálculo e da alíquota aplicável.
Pessoal	Trata-se da identificação dos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária.

FONTE: CASSONE (2011); ATALIBA (2002); COSTA (2009) E AMARO (2011).

Em sendo assim, ao analisar a estrutura de cada hipótese de incidência, observa-se que estes aspectos identificam as características e as formas em que se apresenta o fato jurídico no âmbito do Direito Tributário, devendo ser observado cada aspecto, para que haja a legítima obrigação e incidência tributária.

2.2 LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 E A COBRANÇA DE ISS

Em um primeiro momento, é válido destacar que o termo “serviço”, na definição do Dicionário Michaelis (2000), representa um “[...] ato ou ação útil aos interesses de alguém; favor; obséquio”. Da mesma forma, assimilado o conceito do vocábulo à prática da hipótese de incidência, no âmbito jurídico-tributário não há conceituação de serviço, sendo esta expressa somente pela seguinte disposição na Constituição Federal de 1988:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, *não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar* (grifo nosso).

Com base na supracitada disposição, entende-se que a abrangência do ISS corresponde somente àquelas atividades que não estiverem compreendidas no art. 155 da Carta Maior, isto é, aos serviços de competência dos Estados e Distrito Federal, os quais serão tributados por meio do ICMS (BRASIL, 1998). Portanto, cada entidade política dos municípios possui a competência para instituir uma Lista de Serviços, desde que observados os princípios e diretrizes da Lei Complementar nº116/2003 (BRASIL, 2003).

Neste sentido, Cassone (2011, p. 382) define o ISS como sendo “[...] um imposto sobre a circulação de bens que não sejam “produtos” ou “mercadorias”, ou melhor, que não sejam bens materiais”. Para o autor, seu objeto não corresponde à comercialização de bens materiais, baseando-se no entendimento de que é necessária a prestação de qualquer atividade a outrem, constituindo no Direito uma obrigação de fazer.

Para Coêlho (2004 p.616) é “[...] o imposto que incide sobre prestação de serviços de qualquer natureza realizada em favor de terceiros por profissionais autônomos ou empresas, excetuando-se: os serviços prestados em regime celetista; os serviços prestados em regime estatutário e os auto-serviços”. Carrazza (2011 p. 1101), por sua vez, completa que “[...] em rigor, não são os serviços que vêm tributados por meio do ISS, mas as pessoas físicas ou jurídicas que, em caráter negocial, os prestam.”.

Não obstante, torna-se oportuno destacar a existência de discussões entre diversos autores acerca da escolha do Supremo Tribunal Federal (STF) em aderir a uma lista anexa de serviços em vez de uma conceituação jurídico-tributária de serviço descrita em lei. Costa (2009) menciona que a doutrina se divide na ideia da lista ser taxativa ou exemplificativa: a) Taxativa, pois pode restringir as atividades tributáveis, estabelecendo em seu art. 1º que o ISS tem como fato gerador “[...] a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade

preponderante do prestador”; e b) Exemplificativa, no instante em que mantém a autonomia dos Municípios ao possibilitar que o Poder Legislativo inclua novas atividades a serem tributadas pelo ISS em sua própria lei (COSTA, 2009).

Neste quesito, pode-se citar a expressão “e congêneres” presente em vários itens da lista anexa como, por exemplo, o item 1.03 dado pela Lei Complementar nº 157/2016, dispositivo que alterou recentemente a Lei Complementar nº 116/20003: esta expressão significa corresponde ao sentido de um determinado atributo classificar-se como sendo do mesmo gênero, classe, função, espécie ou tipo, ou seja, em termos tributários pode trazer maior abertura para que os municípios exerçam sua autonomia.

Para Sabbag (2011, p. 993), apesar de sua posição taxativa em relação à lista, os itens que contêm o termo “e congêneres” comportam interpretação analógica. Considerando o entendimento do autor, cabe mencionar a necessidade dos legisladores municipais em se atentarem quanto à inclusão de novos serviços na tributação do ISS para que não haja inclusão de serviço não compatível com a lista anexa, nos termos do princípio disposto no art. 108, §1º do Código Tributário Nacional, o qual dispõe que “[...] o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.”.

Portanto, pode-se dizer que a maneira em que foi colocada a hipótese de incidência do ISS possibilita a inclusão de determinadas atividades que podem não ter compatibilidade com os serviços da lista anexa, ou ainda, restringir que determinadas atividades sejam tributadas e criem receitas aos municípios.

3 SERVIÇOS DE *STREAMING* E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 157/2016

Os serviços de *streaming* são os serviços de transmissão online de dados de áudio e vídeo de forma instantânea sem necessidade de *download*. Este serviço se popularizou no Brasil nos últimos anos principalmente por conta da melhora na velocidade de conexão dos equipamentos com a internet, de modo que o referido termo é advindo do vocábulo americano a partir da junção das palavras *stream* (correr, flui, direção e etc.), e *ing* (expressão usada gramaticalmente para indicar o *Present Continuous*, isto é uma ação contínua no presente). Logo, o conceito de *streaming* representa um fluxo contínuo de dados, disponibilizados por determinada empresa e

transmitidos via internet em tempo real a qualquer dispositivo com acesso à conexão à rede web.

No âmbito jurídico-tributário, a transmissão de dados a partir do conceito de *streaming* foi incluída no rol de serviços sujeitos à tributação por meio das alterações promovidas pela Lei Complementar nº 157/2016, sendo descrito no item 1.09 da lista anexa conforme a seguir:

Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS).

De acordo com a referida disposição, esta estabelece relação com o item 1.03 supracitado que traz sobre o processamento e armazenamento de dados, no qual apresenta o termo “e congêneres”, no instante em abre margens interpretativas e analógicas sobre essas atividades. Considerando esta relação, cabe retomar a definição do fato gerador atribuído à cobrança do ISS, nos termos da Lei Complementar nº 116/2003:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador (grifo nosso).

No instante em que a legislação determina a prestação de serviço como fator determinante da cobrança do ISS e, ao verificar especificamente a abrangência dos serviços de *streaming*, pode-se constatar que neste último caso não há uma ocorrência de serviços de natureza relativa a uma contraprestação, mas sim de uma disponibilização de dados (expressão dada pela própria Lei Complementar nº 157/2016, item 1.09).

Embora este entendimento não fundamente o escopo da doutrina tributária, destaca-se que, para o legislador, tais atividades prestadas por empresas que produzem e disponibilizam conteúdos

digitais como NETFLIX, SPOTIFY e APPLE MUSIC encontram embasamento na atribuição da lei tributária e abrem margem para a incidência a partir da previsão “e congêneres”. Ademais, é de fundamental relevância reavaliar os conceitos, a forma de trabalho e concessão dos conteúdos pelas empresas de *streaming* em sua essência e não a partir de semelhanças ou por meios que permitam entendimentos meramente interpretativos, buscando que a matriz de cobrança possa estar fundamentada de maneira precisa nos princípios constitucionais tributários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a inclusão dos serviços de *streaming* no rol de incidência do ISS, diversas questões quanto à constitucionalidade da referida arrecadação passaram a ser discutidas, levando em conta a caracterização do serviço e sua hipótese de incidência, isto é, qual é o momento abstrato descrito em lei que, uma vez ocorrido, dará origem a obrigação pelo pagamento e o alcance da lei que dispõe sobre tal tributo. De acordo com a doutrina tributária apresentada, constata-se que a cobrança do ISS sobre os serviços de *streaming* é passível de inconstitucionalidade, pois estes não caracterizam uma prestação de serviço de alguém para outrem, ainda que para alguns autores, sua cobrança é legítima, uma vez que empresas atuantes nesse segmento estão prestando um serviço aos seus consumidores.

De modo a analisar a legislação que dispõe sobre a cobrança do ISS, observa-se que a Lei Complementar nº 116/2003 não traz uma descrição clara e precisa sobre o serviço, incluindo somente uma Lista em Anexo contendo 230 itens a respeito de quais atividades estaria sujeitas à tributação do referido imposto. Ademais, destaca-se que em alguns desses itens há a presença da expressão “em congêneres” que, por definição, significa tudo aquilo que analogicamente se assemelha, ou seja, é do mesmo gênero.

Em sendo assim, não se pode afirmar com segurança que as atividades advindas das novas tecnologias, como os serviços de *streaming*, podem ser consideradas no âmbito da incidência tributária e, conseqüentemente, como sujeitas à cobrança do ISS. Dada essa ocorrência, a torna-se necessário analisar criticamente a definição desses serviços, inclusive em razão da própria legislação ao definir a cobrança deste tributo a partir da prestação ou dever de alguém em prestar o serviço a outrem, fator este que segundo a

doutrina e entendimento de diversos autores, é passível de questionamento quanto à sua aplicação e legalidade constitucional.

Dessa forma, o estudo contribui com a discussão acerca da doutrina tributária devido às mudanças promovidas pela supracitada Lei Complementar nº 116/2003, posto que como em toda mudança, surgem diversas questões quanto à possibilidade de interpretações errôneas da lei relativamente à constitucionalidade da cobrança e arrecadação tributária. Portanto, reafirma-se a necessidade em se promover uma reflexão crítica de modo a assegurar sua legitimidade e promover maior embasamento jurídico-tributário para as empresas que estão sujeitas a esta forma de cobrança e tributação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. com notas de atualização de Mizabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BARBOSA, Vitor Carvalho. Constitucionalidade da cobrança de ISS sobre os serviços de streaming. **Jus Brasil**, 5 janeiro 2017. Disponível em: <<https://vitorcarbosa.jusbrasil.com.br/artigos/417470807/constitucionalidade-da-cobranca-de-iss-sobre-os-servicos-de-streaming>>. Acesso em: 10 abril 2018.

BARDIN, L. **Análise de conteúdo** (L. A., Reto & A., Pinheiro, Trad.). Lisboa: Edições 70, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 14. ed. [s.l.: s.n.], 2017. 168 p. (Série Legislação Brasileira). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 maio 2018.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 30 abril 2018.

BRASIL. **Lei n.116**, de 31 de julho de 2003.

Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/LCP/Lcp116.htm>. Acesso em: 10 março 2018.

BRASIL. **Lei n.157**, de 29 de dezembro de 2016. Altera a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp157.htm>. Acesso em: 10 março 2018.

BRIGAGÃO, Gustavo. Lista de serviços não pode extrapolar seus limites. **Consultor Jurídico**, 25 setembro 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-set-25/consultor-tributario-lista-servicos-nao-extrapolar-limites>>. Acesso em: 15 abril 2018. CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CASSONE, Vittorio. **Direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2011

CASTANHEIRA, Bruna; AUGUSTO, Pedro. Há espaço e argumento para questionar ISS em serviços de streaming. **Poder 360**, 4 novembro 2017. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/opiniao/midia/ha-espaco-e-argumento-para-questionar-iss-em-servicos-de-streaming/>>. Acesso em: 10 abril 2018.

CERVO, Amado L.; BERVIAN, Pedro A. Metodologia Científica. 5ed. São Paulo: Pearson 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COSTA, Regina Helena. **Curso de direito tributário: constituição e código tributário nacional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FONSECA, Leonardo. Aspectos sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS. **Jus Brasil**, 20 maio 2016. Disponível em: <<https://leonardobfonseca.jusbrasil.com.br/artigos/340131534/aspectos-sobre-o-imposto-sobre-servicos-de-qualquer-natureza-iss>>. Acesso em: 10 abril 2018.

HARADA, Kiyoshi. ISS: Tributação dos serviços de informática. **Harada Advogados**, 19 setembro 2017. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/iss-tributacao-dos-servicos-de-informatica/>>. Acesso em: 15 abril 2018.

JUNIOR, Luiz Furtado; MIDORI, Ana; COSTA, Amanda. Tributação de streaming gera "novo" conflito de competências. **Consultor Jurídico**, 3 abril 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-03/opiniao-tributacao-streaming-gera-conflito-competencias>>. Acesso em: 26 abril 2018.

MARIA, Lorena Do Nascimento Barbosa. **Tributação Do Netflix: A (In)Constitucionalidade Da Incidência Do Imposto Sobre Serviços De Qualquer Natureza - ISS Sobre Os Serviços De Streaming**. FIBRA Lex, [s.l.], n. 3, fev. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.fibrapara.edu.br/index.php/fibrelex/article/view/91/72>>. Acesso em: 25 maio 2018.

MASINA, GUSTAVO. **ISSQN: REGRA DE COMPETÊNCIA E CONFLITOS TRIBUTÁRIOS**. Disponível em: <

<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/32501>>. Acesso em: 18 março 2018.

NETO, NAZIL BENTO. **A Incidência Do Imposto Sobre Serviços De Qualquer Natureza (ISS) Sobre O Streaming – (In)Constitucionalidade Do Projeto De Lei Complementar N. 366/2013**. Disponível em:

<<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/166548>>. Acesso em: 18 março 2018.

RICHARDSON, R. J. **Pesquisa social: métodos e técnicas** – 3 ed. et al. São Paulo: Atlas, 2008

SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

SANTHIAS, Tânia Maria Francosi. Aspectos Controvertidos Introduzidos pela Lei Complementar 157/16 na Cobrança do ISS a partir de 2018. *Empório do Direito*, 28 dezembro 2017. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/perfil/tania-maria-francosi-santhias>>. Acesso em: 26 abril 2018.

SARRAF, Thiago. Novo ISSQN vai acirrar a briga entre municípios. *Consultor Jurídico*, 6 julho 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-jul-06/thiago-sarraf-issqn-acirrar-briga-entre-municipios>>. Acesso em: 26 abril 2018.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 23 ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007.

TREVISAN, Rosana. **Michaelis: moderno dicionário inglês - português, português - inglês**. São Paulo, Melhoramentos, 1735p. 2000.



Anexo

CARTAS EM ESPANHOL

CARTA DE BOGOTA POR LA PAZ MUNDIAL (2018)

Los organizadores y participantes del V Congreso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y III Congreso por la Paz, reunidos en la Universidad Católica de Colombia, ciudad de Bogotá, del 11 al 12 de septiembre de 2018, reafirmando los mandamientos de la Carta de Marília por la Paz Mundial, de 22 de mayo de 2016, y de la Carta de Lima Norte por la Paz Mundial, del 6 al 8 de septiembre de 2017, manteniendo el mismo propósito de trabajar perseverantemente por la paz mundial; reconociendo la importancia de la amistad y diálogo entre los pueblos y rechazando cualquier acto de terror y de violencia; posicionándose contra cualquier tipo de difusión de odios, discriminación y marginación; acuerdan en favor de la paz y la justicia duraderas:

1. Reafirmar la paz debiendo ser construida paulatinamente a través de la cooperación dialógica entre los pueblos para el progreso de la humanidad y la efectividad de los derechos humanos;
2. Clamar por la observancia de los acuerdos internacionales humanitarios y por la búsqueda de la solución pacífica de los conflictos, la defensa de la paz y la concesión de asilo político;
3. Rechazar firmemente el terrorismo, el racismo y las ideologías violentas, de dictadura, de fanatismo y odio;
4. Reiterar la educación, respaldada en valores democráticos, como el derecho humano fundamental y como condición sine qua non para la construcción de una sociedad libre, justa, fraterna y pacífica;

5. Luchar por la erradicación de todas las formas de desigualdad y preconceptos relativos a la raza, el color, el sexo, el origen, la cultura y las creencias, reconociendo la importancia de las acciones protectoras de los grupos vulnerables con el fin de proporcionarles igualdad de participación democrática;
6. Reconocer el carácter humanitario y social del problema de desplazados forzados y refugiados en América Latina y en el mundo, repudiando acciones tendientes a la expulsión por motivos de raza, creencia, nacionalidad, grupo social al que se pertenezca y opiniones políticas;
7. Declarar la necesidad de mayor efectividad en la protección hacia el medio ambiente de manera ecológicamente equilibrada en favor de las presentes y futuras generaciones;
8. Prevenir y erradicar la miseria y la marginación, condenando con vigor relaciones de trabajo que sometan a los más necesitados la situación análoga a la condición de esclavitud;
9. Estimular la cooperación nacional e internacional en la lucha contra la corrupción en los Estados y en las organizaciones en general;
10. Apoyar el cambio en los sistemas penitenciarios de América Latina para que logren alcanzar su función resocializadora con respecto a los derechos humanos y prácticas restaurativas en la cárcel.

CARTA DE LIMA NORTE POR LA PAZ MUNDIAL (2017)

Los organizadores y participantes del II Congreso Latino-Americano de Paz, reunidos en la ciudad de Lima Norte /Perú, del 6 a 8 de setiembre de 2017, reafirmando los 10 mandamientos de la Carta de Marilia por la Paz Mundial, de 22 de mayo de 2016, así como las ideas y compromisos asumidos en el Primer Congreso Latino-Americano de Paz; manteniendo el propósito de trabajar perseverantemente por la paz mundial; reconociendo la importancia de la amistad y dialogo entre los pueblos y rechazando

cualquier acto de terror y de violencia; posicionándonos contra cualquier tipo de difusión de odios, discriminación y marginación ; acordaron adicionar a los diez mandamientos de la Carta de Marília, más veinte, convocando, con la misma firmeza, respeto y afecto fraterno, a todas las autoridades y ciudadanos del mundo para la práctica diaria de los mandamientos de Marília y Lima Norte, para lograr la paz y la justicia duradera:

1. Reafirmar la importancia de la gratitud por el don de la vida y por todo lo que ella proporciona desde los grandes acontecimientos como los pequeños gestos de cariño, afecto y respeto por el prójimo y los seres vivos; a fin que todas las personas sin excepción podamos sentirnos agradecidas por todo y por todos, aprendiendo a amar la vida como un conjunto de realidades, actos y personas especiales e indispensables por lo que son y pueden llegar a ser positivamente.
2. Convencerse de que la vida es inestimable, no pudiendo ser vendida, cambiada, recortada, ni menospreciada. Que nada este mundo se equipara al amor de Dios y al amor al prójimo como a uno mismo; Que es posible tener una vida digna, saludable y en paz con respeto, obediencia a los mandatos divinos, y a los derechos fundamentales.
3. Reconocer que la paz no se construye con prisa, en corto tiempo, solo a través de actos grandiosos; la paz se construye día a día, en los actos sencillos, éticos y solidarios; con pequeñas actitudes que a veces no damos importancia: Una sonrisa, un saludo, una palabra amable, soluciones legales; un gesto sincero de aprecio y solidaridad constante. La paz, se construye día a día, por todos los seres humanos con el cumplimiento de los deberes y respeto a los derechos de las personas, y de la propia vida.
4. Reconocer la existencia de una sociedad global y multicultural, que abarca a todos los seres humanos, de las más diferentes razas y credos, empezando por el respeto a las singularidades de los pueblos, y específicamente al ser humano titular de derechos, deberes, atributos y responsabilidades. Al medio ambiente, que busca la convivencia armónica,

orientándonos todos juntos a un solo objetivo: La paz, la libertad y justicia constante.

5. Reafirmar la importancia de la protección a todas las generaciones, tutelando la dignidad del niño, del adolescente y del joven, así como de los ancianos, con el fin de que todas las etapas de la vida, sean valorizadas, dispensando a ellos tratamiento prioritario, que asegure su protección.
6. Contribuir a la protección del medio ambiente, recordando que la Tierra es el mayor patrimonio de la humanidad y de los seres que la habitamos; que toda la vida y la existencia dependen de la tierra, el agua, el aire, siendo necesario que se mantengan sanos, equilibrados y preservados, para la presente y futuras generaciones; fomentar una sana agricultura, y una adecuada nutrición.
7. Prevenir y erradicar la explotación de los oprimidos como simple fuerza del trabajo, el enriquecimiento a costa del sufrimiento humano; luchar contra la trata de personas; el narcotráfico y todos los vicios, que esclavizan el cuerpo y el alma de las personas que ceden a sus tentaciones.
8. Cultivar la empatía hacia los desamparados, los hambrientos y los necesitados, de modo que siempre nos coloquemos en el lugar del prójimo antes de realizar juicios y proferir prejuicios o palabras de odio; y por el contrario difundir el respeto y la gentileza para todos indistintamente.
9. Promover la plena inclusión de la persona con discapacidad, valorándola y garantizando la igualdad de oportunidades, a fin de que disfrute de todas las oportunidades y beneficios que la vida puede ofrecer.
10. Promover la eliminación de todas las formas de desigualdad y discriminación relativas a raza, color, el sexo, origen, la cultura y las creencias, buscando una sociedad más justa y equitativa, promoviendo, el trabajo equitativo, la comprensión y tolerancia, sin perder de vista que no obstante las diferencias, todos somos

iguales ante la vida, todos somos seres humanos, hermanos.

11. Combatir la corrupción, que asola a las naciones que ponen por encima el desarrollo material, al desarrollo humano; siendo fuente de grandes injusticias e innumerables males, generando tristeza y sufrimiento en todos los rincones del mundo. Que no exista impunidad para aquellos que con engaño, cinismo y delito aprovecharon de su posición o cargo, permitiendo que tantos males sean perpetrados.
12. Pensando en el respeto al prójimo, buscar que aquellos que delinquieron seducidos por el dinero mal habido, se resocialicen medidas efectivas, que siembren esperanza y den oportunidad, no perdiendo de vista que todos somos dignos de restauración.
13. Reconocer que el perdón es una herramienta poderosa de justicia y se encuentra íntimamente ligado al amor, que todos necesitamos para vivir. Probablemente no es posible deshacer los errores y pecados ya cometidos; restando, sólo, perdonar; perdonarnos a nosotros mismos, y a los demás, es la única forma de superar el pasado y caminar por una senda de rectitud, justicia y solución pacífica de los problemas personales y sociales.
14. Apoyar prácticas restaurativas que permitan a las víctimas expresar sus sentimientos más profundos y alcanzar la reparación de los daños; alejándonos de la venganza y el odio, y acercándonos al perdón y en el amor.
15. Reasumir la llama en la esperanza en el corazón de los seres humanos, animándolos a hacer el bien, cultivar amistades, promover la reconciliación y exaltar la caridad, para que todos puedan vislumbrar la posibilidad de construir un mundo justo, equilibrado y pacífico.
16. Impulsar la solidaridad, la auto ayuda y la ayuda mutua; asimismo la inquietud por el sufrimiento humano, no perdiendo de vista que debemos, siempre y constantemente ayudar al prójimo, consecuentemente a nosotros mismos; promoviendo la justicia, la paz y la solidaridad.

17. Reafirmar la importancia de la tolerancia a las diferencias, respetando las opiniones políticas e ideológicas, las inclinaciones religiosas y creencias, así como los diferentes orígenes y etnias, evitando conflictos y cultivando el respeto y la amistad.
18. Rechazar firmemente las ideologías de la violencia, de la dictadura, del fanatismo y el odio, que consideran maquiavélicamente que los fines justifican los medios.
19. Contribuir a reafirmar el rol de la administración de justicia, acertada rápida, y eficiente como garante de la seguridad, desarrollo y paz.
20. Promover la amistad, esperanza e integración de las personas y los pueblos, impulsar la iniciativa por la investigación, el diálogo fructífero y las oraciones espirituales cotidianas en favor de las fuerzas del bien, contra los males que asolan a la humanidad.

CARTA DE MARILIA POR LA PAZ MUNDIAL (2016)

Los organizadores y participantes del Congreso Latinoamericano de la Paz, reunidos en la ciudad de Marilia Sao Paulo Brasil, del 19 al 22 de mayo de 2016, recordando el deber y la dicha de trabajar por la paz, transformando las amenazas y actitudes violentas en diálogo y respeto; las espadas en arados, y las lanzas en podaderas; reconociendo que la paz, está simbolizada en el Árbol de Olivo; acordaron invocar con firmeza, respeto y afecto, a todas las autoridades y ciudadanos del mundo, la práctica diaria de las siguientes mandatos, para lograr la paz y justicia duradera.

1. Renovar la fe, que el amor, obediencia, gratitud y cumplimiento de los mandamientos del Ser Supremo que nos dio la vida, son base de la paz, realización y felicidad personal y social.
2. Recordar que todas las personas formamos parte de una sola familia humana y por tanto debemos comportarnos fraternalmente los unos con los otros.

3. Proclamar, promover y cumplir con firme convicción, el principio que el respeto a la persona humana, la defensa de su dignidad y la paz fraterna, son el fin supremo de todas las Naciones y Estados.
4. Ser conscientes que los principios y valores morales; el respeto a la identidad, cultura, diversidad y libre determinación de los pueblos; y cumplimiento de los deberes y derechos humanos, producen por frutos, la libertad, la justicia y la paz.
5. Comprender que no corresponde a la inteligencia, bondad y prudencia humana, intentar construir nuevos Estados y sociedades, con métodos de odio, violencia y terror; ni menos combatir dichos métodos con mayor violencia; solo puede triunfar la paz, con las armas de la ley, la razón y la justicia.
6. Reafirmar que el derecho y la justicia, nos obligan a respetar a las autoridades y a los ciudadanos; comprometiéndonos en forma solidaridad con los que sufren miseria, abandono y discriminación; sin dejar de considerar el respeto de los derechos humanos de todas las personas, sin excepción alguna.
7. Reafirmar que el respeto a la vida, la dignidad, la libertad, la seguridad, el medio ambiente, la propiedad, la familia y los demás derechos humanos fundamentales, consagrados en la Declaración Universal de los DDHH, y los Tratados Internacionales, que defienden los Estados Constitucionales de Derecho y los regímenes democráticos representativos y participativos, son base de la paz y la justicia.
8. Reconocer que en la familia se cimenta la formación moral de las personas; y que la educación debe tener como finalidad principal, el libre desarrollo de la personalidad, la práctica de las virtudes, el pluralismo, la tolerancia, la ciencia, el respeto a las creencias y aprender a brindar solución pacífica a los conflictos.
9. Recordar que todas las personas e instituciones tenemos la obligación moral y legal de vivir pacíficamente; y que una de las maneras más eficaces para cumplir dicho propósito es orar todos los días,

esforzarse por lograr la serenidad y trabajar con dedicación, para que reine la justicia y la paz, en nuestros corazones, en la familia, la sociedad y los Estados.

10. Convencer que es posible, el perdón mutuo de los errores y los perjuicios del pasado y del presente; y reafirmar la esperanza que si se puede lograr una conversión y restauración humana, orientada por el respeto mutuo, la comprensión y la paz individual y social.

CARTAS EM PORTUGUÊS

CARTA DE BOGOTÁ PELA PAZ MUNDIAL (2018)

Os organizadores e participantes do **V Congresso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y III Congreso por la Paz**, reunidos na Universidad Católica de Colombia, cidade de Bogotá, de 11 a 12 de setembro de 2018, reafirmando os mandamentos da Carta de Marília pela Paz Mundial, de 22 de maio de 2016, e da Carta de Lima Norte pela Paz Mundial, de 6 a 8 de setembro de 2017, mantendo o mesmo propósito de trabalhar obstinadamente pela paz na América Latina e no mundo; reconhecendo a importância do diálogo entre os povos e rechaçando atos de terror e de violência; posicionando-se contra qualquer tipo de disseminação do ódio, discriminação e marginalização; **acordaram** em prol da paz e da justiça duradouras:

1. Reafirmar que a paz há de ser construída paulatinamente por intermédio da cooperação dialógica entre os povos para progresso da humanidade e efetivação de direitos humanos;
2. Clamar pela observância de acordos internacionais humanitários e pela busca da solução pacífica dos conflitos, da defesa da paz e da concessão de asilo político;

3. Rechaçar firmemente o terrorismo, o racismo e as ideologias violentas, de ditadura, de fanatismo e ódio;
4. Reiterar a educação, lastreada em valores democráticos, como direito humano fundamental e como condição sine qua non para a construção de uma sociedade livre, justa, fraterna e pacífica;
5. Lutar pela erradicação de todas as formas de desigualdade e preconceito relativos a raça, cor, sexo, origem, cultura e crenças, reconhecendo a importância de ações protetivas de grupos vulneráveis com o fim de lhes proporcionar igualdade de participação democrática;
6. Reconhecer o caráter humanitário e social do problema de deslocados internos e refugiados na América Latina e no mundo, repudiando ações tendentes à expulsão por motivo de raça, crença, nacionalidade, grupo social a que pertence ou opiniões políticas;
7. Declarar a necessidade de maior efetividade na proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado em favor das presentes e futuras gerações;
8. Prevenir e erradicar a miséria e a marginalização, condenando com vigor relações de trabalho que submetam os mais necessitados a situação análoga à condição de escravo;
9. Estimular a cooperação nacional e internacional no combate à corrupção nos Estados e nas organizações em geral;
10. Apoiar melhorias nos sistemas prisionais da América Latina para que logrem alcançar sua função ressocializadora com respeito a direitos humanos e práticas restaurativas no cárcere.

CARTA DE LIMA NORTE PELA PAZ MUNDIAL (2017)

Os organizadores e participantes do II Congresso Latino-Americano de Paz, reunidos na cidade de Lima Norte /Peru, de 6 a 8 de setembro de 2017, reafirmando os dez mandamentos da Carta de

Marília pela Paz Mundial, de 22 de maio de 2016, bem como os ideais e os compromissos assumidos no I Congresso Latino-Americano de Paz; mantendo o propósito de trabalhar obstinadamente pela paz mundial; reconhecendo a importância do diálogo entre os povos e rechaçando atos de terror e de violência; posicionando-se contra qualquer tipo de disseminação do ódio, discriminação e marginalização; acordaram adicionar aos dez mandamentos de Marília mais vinte, convocando, com a mesma firmeza, respeito e afeto fraterno, a todas as autoridades e aos cidadãos do mundo, para a prática diária dos mandamentos de Marília e Lima Norte, para lograr a paz e a justiça duradoura:

1. Reafirmar a importância da gratidão pela dádiva da vida e por tudo o que ela proporciona, desde os grandes acontecimentos aos pequenos gestos de demonstração de carinho, afeição e respeito pelo próximo; que todas as pessoas sem exceção possam sentir-se gratas por tudo e por todos, aprendendo a amar a vida como um conjunto de acontecimentos e pessoas, especiais e indispensáveis pelo o que são.
2. Convencer-se de que a vida é inestimável, não podendo ser vendida, trocada, menosprezada; que nada neste mundo se equipara a amor a Deus e amor ao próximo; poder ter uma vida digna, saudável e em paz, devendo haver o devido respeito à vida e felicidade do próximo.
3. Reconhecer que a paz não é construída com pressa, em um curto espaço de tempo e através de grandiosos atos; ao contrário, a paz se constrói no dia a dia, nos mais singelos atos, porém firmes; nas pequenas coisas que insistimos em não dar importância; a paz, outrossim, é construída a cada dia por todos os seres humanos, com um sorriso, um gesto de amor e carinho de cada vez, mas ininterruptamente.
4. Proclamar a existência de uma sociedade global e multicultural, que busca uma identidade singular e que abranja a todos os seres humanos, das mais diferentes raças e credos, prezando pelo respeito às singularidades dos povos, ao ser humano titular de direitos, às diferenças, ao meio ambiente, e que busca a convivência harmônica, visando um só objetivo: a perpetuação da paz.

5. Reafirmar a importância da proteção a todas as gerações, tutelando-se a dignidade da criança, do adolescente e do jovem, bem como dos idosos, visando que todos os estágios da vida sejam valorizados, dispensando-se, a estes, tratamento prioritário que assegure sua proteção.
6. Contribuir para a proteção ao meio ambiente, lembrando-se que o planeta Terra é o maior patrimônio da humanidade, do qual toda a vida e existência dependem, sendo necessário que o mantenha sadio, equilibrado e preservado, para a presente e as futuras gerações.
7. Prevenir e erradicar a exploração dos miseráveis, da força do trabalho, o enriquecimento às custas da felicidade do próximo, à escravidão sobre o corpo e a alma dos mais necessitados.
8. Cultivar a empatia para com os desabrigados, os famintos e os necessitados, de forma que sempre nos coloquemos no lugar do próximo antes de realizar julgamentos e proferir palavras de ódio, disseminando o respeito e a gentileza para todos indistintamente.
9. Promover a plena inclusão da pessoa com deficiência, valorizando-a e garantindo a igualdade de oportunidades, a fim de que desfrute de todas as oportunidades e benesses que a vida pode oferecer.
10. Promover a eliminação de todas as formas de desigualdade e preconceito relativos à raça, cor, sexo, origem, cultura e crenças, almejando uma sociedade mais justa e equânime, disseminando amor e respeito ao próximo, sem perder de vista que, apesar de todas as diferenças, todos são iguais perante a vida, todos são seres humanos, irmãos.
11. Combater a corrupção, que assola todas as Nações, sendo fonte de grandes injustiças e inúmeras mazelas, gerando tristeza e sofrimento em todos os cantos do mundo. Que haja efetivo combate àqueles que se permitem, através da astúcia e do ardil, aproveitar das situações, permitindo que tantos males sejam perpetrados.

12. Pautando-se no amor ao próximo, buscar a recuperação daqueles que erraram perante a sociedade, através de medidas que semeiem esperança e dêem oportunidade, não perdendo de vista que todos são dignos de perdão e de uma nova chance.
13. Reconhecer que o perdão é uma ferramenta poderosa de justiça e se encontra intimamente ligado ao amor, não havendo que se falar neste onde aquele não habitar. Afinal, não é possível desfazer os erros e pecados já cometidos, restando, apenas, perdoar; perdoar, a si mesmo e aos outros, é a única forma de superar o passado e caminhar em direção ao amor e à paz.
14. Apoiar práticas restaurativas que permitam às vítimas expressar seus sentimentos mais profundos e alcançar a reparação dos danos, possibilitando um recomeço distante da vingança e no ódio, mas sim, no perdão e no amor.
15. Reascender a chama na esperança no coração dos seres humanos, incentivando-os a fazer o bem, cultivar amizades, promover o perdão e exaltar a caridade, para que todos possam vislumbrar ser possível a construção de um mundo justo e pacífico.
16. Exaltar a caridade, a preocupação pelo próximo, a inquietação pelo sofrimento do pobre miserável e faminto, não perdendo de vista que devemos, sempre e constantemente ajudar o próximo, ajudando, conseqüentemente a nós mesmos; promove-se, assim, o amor, o carinho, a ternura e a paz.
17. Reafirmar a importância da tolerância a todas as espécies de diferença, respeitando-se as opiniões políticas e ideológicas, as inclinações religiosas e crenças, bem como as diferentes origens e etnias, evitando-se conflitos e cultivando a paz.
18. Rechaçar firmemente as ideologias violentas, de ditadura, de fanatismo e ódio, que consideram fins justificadas por meios.

19. Contribuir para reafirmar o papel da administração da justiça, rápida e eficiente, como garante da segurança, desenvolvimento e paz.
20. Promover a amizade e a integração entre pessoas e povos; impulsionar a pesquisa, o diálogo frutífero e as orações espirituais cotidianas em favor das forças do bem, contra os males que assolam a humanidade.

CARTA DE MARÍLIA PELA PAZ MUNDIAL (2016)

Os organizadores e participantes do Congresso Latino-Americano da Paz, reunidos na cidade de Marília, São Paulo, Brasil, de 19 a 22 maio de 2016, recordando o dever e a alegria de trabalhar para a paz, transformando ameaças e atitudes violentas em diálogo e respeito, espadas em arados e lanças em foices; reconhecendo que a paz está simbolizada na oliveira; acordaram convocar, com firmeza, respeito e afeto fraterno, a todas as autoridades e aos cidadãos do mundo, para a prática diária dos dez mandamentos para lograr a paz e a justiça duradoura:

1. Renovar a fé em que o amor, o respeito, a gratidão e o cumprimento dos mandamentos do Ser Supremo que nos deu a vida são a base da paz, da realização e da felicidade pessoal e social.
2. Recordar que todas as pessoas participam de uma única família humana e, portanto, devemos agir fraternalmente uns em relação aos outros.
3. Proclamar, promover e cumprir, com firme convicção, o princípio de que o respeito à pessoa humana e a defesa de sua dignidade constituem o objetivo supremo de todas as Nações e Estados.
4. Ser conscientes de que a atenção a princípios e valores morais; o respeito pela identidade, cultura e autodeterminação dos povos; e o cumprimento de deveres e direitos humanos produzem os frutos da liberdade, da justiça e da paz.

5. Compreender que não corresponde à inteligência, à bondade e à prudência humana, em tentar construir novos Estados e sociedades mediante métodos de ódio, violência e terror; tampouco combater tais métodos com mais violência, senão apenas com as armas da lei, da razão e da justiça.
6. Reafirmar que o direito e a justiça obrigam-nos a respeitar as autoridades e os cidadãos; comprometendo-nos com a solidariedade em favor daqueles que sofrem com miséria, abandono e discriminação; sem deixar de considerar o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, sem nenhuma exceção.
7. Reafirmar que o respeito à vida, à dignidade, à liberdade, à segurança, ao meio ambiente, à propriedade, à família e a outros direitos humanos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); bem como que os tratados internacionais que defendem os Estados Democráticos de Direito e os regimes democráticos representativos e participativos são a base para a paz e para a justiça.
8. Reconhecer que na família fundamenta-se a formação moral das pessoas; e que a educação deve ter como finalidade principal o livre desenvolvimento da personalidade, a prática das virtudes, o pluralismo, a tolerância, a ciência, o respeito às crenças e o aprendizado da via de solução pacífica dos conflitos.
9. Recordar que todas as pessoas e instituições têm a obrigação moral e legal de viver pacificamente; e que uma das maneiras mais eficazes para o cumprimento de dito propósito é orar todos os dias, acalmar-se, estudar e trabalhar com dedicação, para que reine a justiça e a paz em nossos corações, na família, na sociedade e nos Estados.
10. Convencer-se que é possível o mútuo perdão de erros e dos danos do passado e do presente; e reafirmar a esperança de que se pode alcançar uma conversão e restauração humana, orientada por respeito mútuo, pelo espírito de fraternidade, pela compreensão e pela paz individual e social.



Posfácio

Temos a honra de posfaciar a obra concebida a partir dos grupos de trabalho do V Congreso Internacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y III Congreso por la Paz, concretizado em Bogotá nos dias 11 e 12 de setembro de 2018 sob a coordenação geral do Prof. Dr. Jaime Cubides Cárdenas, cuja realização não poderia ser mais oportuna diante do cenário comprometedor inclusive na América Latina no que tange aos direitos humanos, às política internacionais humanitárias e à paz.

Se abandonamos aquele ethos grego baseado na pólis para assumir o ethos contemporâneo individualista e atomizado, não nos deve causar surpresa os horrores da Segunda Guerra Mundial, do terrorismo, da corrupção sistêmica dos governos.

A leitura dos textos desse volume trará ao espírito do leitor as inquietações inerentes à condição de partícipe da comunidade e protagonista da sua história. Eis aí o maior mérito, fomentar o debate sobre tais temas. Em qualquer contexto ou estágio de uma sociedade democrática, é de encarecer a suma importância da formação em direitos humanos. Não há perspectiva fora da educação, fora do diálogo. A consolidação de uma verdadeira cultura de direitos humanos, humanitária e pacificadora, ultrapassa os limites do reconhecimento e do estudo do tema, mas germina no fértil terreno da (con)vivência social.

Como se presente, descortina-se vigorosa a fundamental relevância e responsabilidade da academia, em cujo âmago se fomenta o debate dos principais temas de direitos humanos que atualmente desafiam regimes democráticos em geral.

O cidadão esclarecido, bem e continuamente formado, alcança participar dos negócios da polis em direção ao bem comum. Essa educação e formação continuada de cidadãos em direitos

humanos constitui fator altamente relevante de per si, além de imperioso para uma sociedade democrática.

Nessa senda, digno de pleno louvor a publicação dos resultados obtidos no evento internacional já mencionado pelo Instituto Memória, uma editora comprometida de há muito com a divulgação de valores democráticos.

Juiz Superior Edgardo Torres López

Corte Superior de Justicia de Lima Norte/Peru

Prof. Dr. Ivanaldo Santos

UERN – Universidade Estadual do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Valter Foletto Santin

UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná/Brasil

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema “double blind review” (dupla análise sigilosa, onde os conselheiros não sabem quem é o autor da obra analisada). Este sistema garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.



CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS

(In Memoriam – Presidente de Honra).

Pós-Doutorado em História da América Latina pela Universidade de Paris III, França. Doutorado em História pela Universidade de Paris X - Nanterre, França. Mestrado em História do Brasil pela UFPR - Universidade Federal do Paraná, Professor da UFPR - Universidade Federal do Paraná. Reitor da UFPR - Universidade Federal do Paraná, (1998/2002). Membro do Conselho Nacional de Educação (2003/2004) e do Conselho Superior da CAPES (2003/2004).

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS

Pós-doutorado pela Universidade de Aveiro (2017). Pós-Doutorado no Programa Avançado de Cultura Contemporânea da UFRJ (2010). Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestrado em Educação - área de Magistério: Formação e Trabalho Pedagógico, pela Universidade de Brasília (1997). Licenciatura em Educação Artística, habilitação em Artes Visuais, pela Universidade de Brasília (1983). É professora na Faculdade de Artes Visuais da UFG. Atua no curso de Licenciatura em Artes Visuais e no Programa de Pós-Graduação em Arte e Cultura Visual, do qual foi coordenadora em dois períodos: 2005 a 2008, 2012 a 2014.

PROF. ANDREA PITASI

PhD. Professor de Sociologia do Direito do Programa de Mestrado e Doutorado da "Università degli Studi Gabriele D'Annunzio - Dept. of Neuroscience", Itália. Membro do Conselho Acadêmico do "SANTA FE Associate International". Presidente na empresa WORLD COMPLEXITY SCIENCE ACADEMY (WCSA).

Instituto Memória

PROF. AUGUSTUS BONNER COCHRAN III, USA

Academic Degrees (titulação): B.A., Davidson College; M.A., Indiana University; Ph.D., University of North Carolina; J.D., Georgia State University College of Law. Professor Titular de Ciência Política da Faculdade de Agnes Scott – GEORGIA-EUA.

PROFA. DRA. BETINA TREIGER GRUPENMACHER

Pós-Doutorado pela Universidade de Lisboa. Doutorado pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduação pela Universidade de Salamanca, na Espanha e pela Universidade Austral, na Argentina. Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora adjunta nos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito Tributário da Universidade Federal do Paraná. Foi Conselheira do Conselho de Contribuintes do Município de Curitiba por aproximadamente 10 anos e foi assessora jurídica da Comissão de Orçamento da Assembleia Legislativa do Paraná.

PROF. DR. BRUNO MENESES LORENZETTO

Doutorado em Direito pela UFPR na área de Direitos Humanos e Democracia (2010-2014). Mestrado em Direito pela UFPR na área do Direito das Relações Sociais (2008-2010). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2007). Bolsista pela CAPES durante o Mestrado na UFPR. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador do Programa de Mestrado em Direito (Direitos Fundamentais e Democracia) e Professor da Graduação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Visitng Scholar na Columbia Law School, Columbia University, New York (2013-2014). Desenvolve suas pesquisas na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Teoria do Direito e Teoria do Estado.

PROF. DR. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO

Doutorado em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC-SP. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas - UFAM (1998). Pós-graduação em Direito Civil pela UFAM (1998). É Procurador do Estado do Amazonas, Representante Fiscal no Conselho de Recursos Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado do Amazonas, advogado, professor de Direito Constitucional e Direito Financeiro da Faculdade de Direito da UFAM, professor de Direito Tributário no curso de pós-graduação em Direito do CIESA e professor da Escola Superior da Magistratura do Amazonas (ESMAM).

PROF. DR. DANIEL FERREIRA

Pós-Doutorado pelo Instituto Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos /Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC-CDH/FDUC - 2016). Doutorado (2008) e Mestrado (1999) em Direito do Estado (Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Laureado pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC-1993), além de graduado em Engenharia Industrial Elétrica pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR - 1988). É Docente Permanente e atual Coordenador do Programa de Pós-

Instituto Memória

Graduação em Direito (Mestrado), além de Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Internacional (UNINTER), Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos da Função Pública (IBEFP), membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA), do Instituto Internacional de Estudos de Direito do Estado (IIEDE), do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA) e do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP). Ex-Coordenador (2009-2011), ex-Docente Permanente do Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA); ex-Coordenador (2001-2003), ex-Chefe do Departamento de Direito Público (1999-2001) e, ainda, ex-Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba/UNICURITIBA (tendo ingressado na IES em 1996). É, também, parecerista e sócio-fundador do Ferreira, Kozicki de Mello & Maciel Advogados Associados (desde 1996), onde exerce a advocacia consultiva e contenciosa, e árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP).

PROF.DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI

Pós-doutorado pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015). Doutorado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012). Mestrado em Direito Econômico e Social (2004). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2000). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1994). Professor de Direito Tributário da graduação, especialização e mestrado da Faculdade de Direito Curitiba (UNICURITIBA). Professor convidado no *Curso de Posgrado en Derecho Tributario* na *Universidad Austral de Buenos Aires/Argentina* e ex-professor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (2006-2007) e da PUC/PR (2000-2006/2011-2013). Ocupou os cargos de Diretor e Gerente Jurídico em empresas de grande porte na área de Auditoria e Indústria alimentícia no Brasil e no Exterior. Realizou Curso de Extensão em Direito Norte-Americano pela *Fordham University*, em Nova Iorque/EUA (2010). Publicou os livros "Tributação do Ato Cooperativo" e "A Verdade Material no Direito Tributário". Participa do Conselho Temático de Assuntos Tributários da Federação das Indústrias do Paraná (FIEP), é associado do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), é membro efetivo do Conselho Fiscal de Três Companhias listadas na BOVESPA e ainda é membro titular do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda.

PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA

Doutorado em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). Diretor da Escola de Letras da Faculdade de Filosofia e Humanidades da Universidade Nacional de Córdoba. Professor da cátedra de Pensamento latino-americano da Escola de Letras da Universidade Nacional de Córdoba. Membro do Conselho Editorial da Revista Silabário.

PROF. DR. EDGAR WINTER JÚNIOR

Doutorado em Engenharia e Ciência dos Materiais - PIPE UFPR (2015). Mestrado em Engenharia de Processos Químicos e Térmicos - PIPE-UFPR (2005). Pós-Graduação em Produtividade e Qualidade Total pela UNIPLAC-SC (1997). Pós-Graduação em Engenharia de

Instituto Memória

Segurança do Trabalho na UTFPR (2010). Graduação em Engenharia Química pela Universidade Federal do Paraná (1991). Foi Professor Substituto da UTFPR nas áreas de Gestão QSMS (abr/2010 a jul/2012). Tem experiência, em consultoria e vivência, nas áreas de Educação, Treinamento, Engenharia Química, Engenharia de Materiais e Engenharia de Segurança do trabalho, com ênfase em Gestão Estratégica, Gestão de pessoas, Gestão Integrada (Qualidade, Meio Ambiente, Segurança e Saúde) e Redução de Custos, atuando como professor de Pós-graduação em áreas como Gestão Integrada, Gestão da Qualidade e Gestão Estratégica. Desde fevereiro de 2015 é professor na FAPI - Faculdade de Pinhais (integrante da Comissão Própria de Avaliação), nas disciplinas de Planejamento Orçamentário, Matemática Básica, Matemática Superior, Estatística Aplicada, Métodos Numéricos e Gestão da Qualidade, para os cursos de Administração, Processos Gerenciais, Logística e Recursos Humanos.

PROF. DR. EDUARDO OLIVEIRA AGUSTINHO

Doutorado em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011). Mestrado em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica da Paraná (2000). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (1998). Foi Pesquisador Visitante na Universidade Paris I - Panthéon-Sorbonne (2010) e na Organização Mundial de Propriedade Intelectual -OMPI (2011). Coordenou o Escritório de Transferência de Tecnologia da Agência PUC de Inovação, na PUCPR (2011-2014). Decano (Diretor Geral) da Escola de Direito da PUCPR. Professor de Direito Empresarial no Curso de Graduação em Direito da PUCPR e em Cursos de Pós-Graduação da PUCPR, Esmafe e ABDCONST.

PROF. DR. EDUARDO ARRUDA ALVIM

Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. Mestrado em Direito, PUC/SP. Especialização em Direito Processual Civil, PUC/SP. Especialização em Direito Tributário, PUC/SP. Bacharelado em Direito, PUC/SP. Professor Universitário (bacharelado, especialização, mestrado e doutorado) da PUC/SP e da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Advogado atuante, possui experiência na área de Direito Processual Civil, Direito Civil, Direito Tributário, Direito Processual Tributário, Direito Administrativo, Direito Processual Constitucional. Autor e Palestrante renomado internacionalmente.

PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES

Pós-Doutorado em estudos culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor-pesquisador em Direito da Integração e Direito Internacional da UniBrasil, Graduação e Pós-Graduação (Especialização e Mestrado). Membro do Grupo Pátrias, UniBrasil, vinculado ao Cnpq. Professor de Direito Internacional da PUCPR, Consultor do MERCOSUL para a livre Circulação de Trabalhadores (2005/2006). Foi Editor Chefe da Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, vinculado ao Programa de Mestrado em Direito das Faculdades Integradas do Brasil, Qualis B1, desde a sua fundação e atualmente exerce as funções de Editor Adjunto.

Instituto Memória

PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES

Pós-doutorado em História da Educação pela Universidade Federal de Uberlândia (2015). Doutorado em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestrado em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). Graduação em Pedagogia pela Universidade Estadual de Maringá (1987). Atualmente é professora Adjunta do departamento de Fundamentos da Educação e do Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Estadual de Maringá.

PROF. DR. FABIO ARTIGAS GRILLO

Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR; Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná – IDTPR. Especialista em 'Direito Internacional e Comparado' pela Southwestern Legal Foundation, Dallas, EUA (1998), assim como em 'Política Econômica Internacional' pela Facultad de Graduados, Universidad de Belgrano, Argentina (2000). Exerceu cargo de Professor concursado da UFPR (2001-2007) e Lecionou na Unicenp (2001-2003). Obteve o 'IX Prêmio de Finanças Públicas ESAF-Tesouro Nacional-CEPAL-FGV e Ministério das Relações Exteriores', categoria Estudos do Mercosul (2004).

PROF. DR. FERNANDO ARAUJO

Doutorado (em 1998) em Ciências Jurídico-Econômicas. Mestrado (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas. Licenciatura em Direito (em 1982). Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É atualmente docente no Curso de Licenciatura e no Curso de Mestrado e Doutorado.

PROF. DR. FERNANDO GUSTAVO KNOERR

Doutorado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito do Estado e Bacharelado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra, Portugal (2015-2016). Procurador Federal. Professor de Direito Administrativo da Escola da Magistratura do Paraná e da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná / FEMPAR. É Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Tem experiência em: Direito do Estado. Crise da Administração e da Representação Política. Contratos Públicos. Cidadania. Integração e Globalização.

PROFA. DRA. FLÁVIA PIOVESAN

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1993). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1990). É professora doutora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo nos programas de Graduação e Pós Graduação em Direito; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max-Planck-Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, 2007 e 2008) e Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max-Planck-Institute for Comparative

Instituto Memória

Public Law and International Law (2009-2011). Membro Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana; membro da UN High Level Task Force on the implementation of the right to development; e membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. Eleita para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (2018-2021) Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, Direito Constitucional, Direito Internacional, proteção internacional e proteção constitucional.

PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER

Pós-doutorado em Direito Público na Universidade de Lisboa. Doutorado em Direito (2002) pela Universidade Federal de Santa Catarina - Área de Concentração Direito, Estado e Sociedade, na Linha de Pesquisa Constituição, Cidadania e Direitos Humanos -, com um ano de pesquisas desenvolvidas na Universidad Complutense de Madrid e na Università degli Studi di Roma La Sapienza (modalidade Doutorado Sanduíche, 1999). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996), na Linha de Pesquisa Instituições Jurídico-Políticas. Graduação em Direito pela Universidade de Ijuí (1991). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. É associada ao CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e avaliadora de artigos científicos para seus eventos. Ex-pesquisadora do CNPq e Conselheira Titular do Ministério da Justiça (2008-2012), no CNPCP - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Associada ao NELB - Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

PROFA. DRA. GRACIELA SANJUTÁ SOARES FARIA

Doutorado (2010) e Mestrado (2005) em Gestão da Produção pela Universidade Federal de São Carlos (UFSCar) na linha de pesquisa Organizações, Instituições e Trabalho. É especialista em Psicopedagogia pelo Centro Universitário Claretiano (2007) e psicóloga pela Universidade Federal de São Carlos (2002). Estuda os temas trabalho, jornada, contratos de trabalho, gênero, equilíbrio trabalho-família, trabalho docente e saúde do trabalhador. Atua há 15 anos como docente em cursos de graduação e pós-graduação presenciais e à distância. Atualmente, está coordenadora do curso de Psicologia do UNIBRASIL Centro Universitário e docente no curso de Psicologia e Administração. Possui experiência profissional na área de Gestão de Pessoas, Psicologia do Trabalho, Institucional e Organizacional, Psicologia Clínica e Psicopedagogia.

PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ

Doutorado em Filosofia, na Diusburg Universität (1983), com bolsa da Konrad Adenauer Stiftung. Mestrado em Literatura, na Ohio University e The University of New México, com bolsa de estudos da Fulbright-Hays Scholarship. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Assunção (Paraguai). Autor de numerosos livros de poesia, narrativa e ensaio, tendo já sido publicado no Brasil a novela Caballero (tchê!, 1994) e o ensaio Ideologia Autoritária (Funag, 2005).

Instituto Memória

PROF. DR. HERBERTO JOSÉ CHONG NETO

Pós-doutorado em Saúde da Criança e do Adolescente (2009-2011) na Universidade Federal do Paraná. Doutorado em Medicina Interna pela Universidade Federal do Paraná (2006-09). Mestrado em Ciências da Saúde pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-05). Especialização em Alergia Pediátrica-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1999-2001). Residência em Pediatria-Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná (1997-99). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1997). Professor Adjunto III de Pediatria do Hospital de Clínicas-Universidade Federal do Paraná. Professor do Curso de Pós-graduação (Mestrado) em Saúde Coletiva da Universidade Federal do Paraná.

PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA

Pós-doutorado em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (em andamento). Doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Mestrado em Direito pela PUC-SP (2002). Mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001). Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteadó. Especialização em Mercados Futuros pela BMF – USP. Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996). Graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981). Avaliador de curso e institucional pelo INEP MEC. Atualmente é advogado responsável - Segpraxis Advocacia, professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no mestrado e graduação. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC. Atualmente é Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Vice Presidente da Comissão de Estágio (triênio 2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP todas estaduais. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE

Pós-Doutorado na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutorado em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). Professora adjunta da Universidade Federal de Santa Maria. Integra o Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental.

PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI

Pós-Doutorado pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Doutorado (1999) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Mestrado (1994) e graduação (1986). Professor e Coordenador do Mestrado em Direito no UNIVEM. Professor e foi Chefe de Gabinete na PUC-SP. Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Avaliador para cursos de direito INEP/MEC. Foi membro da Comissão de Ensino

Instituto Memória

Jurídico, do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Foi sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo.

PROF. DR. LUC CAPDEVILA

Pós-Doutorado. Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. Membro do Conselho Científico da Universidade de Rennes 2 e do Conselho Editorial de várias revistas científicas (CLIO Histoire, Femmes, Sociétés; Nuevo Mundo Mundos Nuevos; Diálogos; Takwa). Especialista em História Cultural sobre conflitos sociais contemporâneos, dirige atualmente um programa de investigação multidisciplinar sobre a Guerra do Chaco.

PROF. DR. LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER

Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Mestrado em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). Especialização em Filosofia da Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1988). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1984). Atualmente é professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná na graduação (onde foi Coordenador entre 1987 a 1989), na pós lato sensu onde coordena a especialização em Direito, logística e negócios internacionais, e no strito sensu, no mestrado e doutorado. Ex-professor titular e ex-Coordenador "(2005-2010) do Curso de Direito da Faculdade Internacional de Curitiba, professor titular do Centro Universitário Curitiba e da Faculdade da Indústria-IEL. Advogado militante desde 1984 e consultor jurídico, atuando principalmente nos seguintes temas e áreas: contratos; integração regional; Mercosul; relações internacionais; direito marítimo; direitos humanos; direito humanitário; legislação aduaneira; direito internacional econômico e direito internacional. Coordenador do NEADI (www.neadi.com.br). Membro de Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná.

PROF. DR. LUÍS FERNANDO SGARBOSSA

Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (CAPES 6). É Professor Adjunto do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS, Campus de Três Lagoas - CPTL. Professor Permanente do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS (Campo Grande). Foi membro do Colegiado do Curso de Mestrado em Direito UFMS (2015/2017). Foi membro do Conselho da Faculdade de Direito da UFMS. Foi professor de cursos de pós-graduação lato sensu na área jurídica na Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST (Curitiba-PR), no Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC (Londrina - PR) e Escola da Magistratura do Paraná - EMAP (Ponta Grossa-PR). Foi membro da Comissão de Educação Jurídica da Seccional do Paraná da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Paraná - OAB PR. É autor de livros e capítulos de livros, além de artigos jurídicos publicados em periódicos indexados no QUALIS Periódicos da CAPES. Atuou como prefaciador e tradutor de obras jurídicas (livros e artigos). Foi advogado inscrito na OAB/PR. É editor cadastrado na Agência Brasileira do ISBN (prefixo editorial 922749). É membro de conselhos editoriais e avaliador ad hoc de diversos periódicos

Instituto Memória

científicos indexados no QUALIS Periódicos da CAPES de todo o Brasil, bem como de diversos eventos científicos regionais e nacionais. Membro do Conselho Editorial do Instituto Memória (Curitiba - PR). Foi membro da Société de Législation Comparée - SLC (Paris - França) e da Associazione Italiana di Diritto Comparato - AIDC (Florença - Itália), seção italiana da Association Internationale des Sciences Juridiques - AISJ (Paris - França) e da Académie Internationale de Droit Comparé - AIDC (Haia - Holanda). Trabalhos científicos do autor foram citados em diversas teses, dissertações e trabalhos de conclusão de curso no Brasil e no exterior, e em obras doutrinárias importantes. Foram citados ainda em diversas decisões do STF, STJ e outros tribunais e juízos.

PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER

Pós-Doutorado pela PUCPR. Doutorado e Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em História pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Tem experiência em: Direito Internacional do Trabalho. Direito Sindical e Coletivo do Trabalho. Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial. Crise da Jurisdição: Efetividade e Plenitude Institucional.

PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA

Pós-Doutorado pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutorado em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. Professor Associado do Departamento de História e do Programa de Pós-graduação em História da Universidade Estadual de Maringá, UEM, Brasil, com pesquisas em História da América Latina.

PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE

Pós-Doutorado pela Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata (2014). Doutorado em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC. Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Coordenador do Curso de Espec. em Dir. do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS (IBCJS). Vice-Presidente do INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL CESARINO JÚNIOR. Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná, Membro de Comissões da Ordem dos Advogados do Brasil - Paraná, Professor Adjunto da Universidade Federal de Santa Catarina, Membro do Centro de Letras do Paraná, Professor do UNINTER. Diretor do Departamento de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados do Paraná. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Internacional.

PROF. DR. MATEUS BERTONCINI

Pós-Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutorado e Mestrado em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Leciona Direito Administrativo e Processo Administrativo em cursos de graduação e pós-graduação na Faculdade de Direito de Curitiba e na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná. É autor de obras e artigos jurídicos. É líder do grupo de pesquisa Ética, Direitos Fundamentais e Responsabilidade Social. Atualmente, vem desenvolvendo pesquisa nas áreas de Direitos Fundamentais, Princípios Constitucionais da Ordem Econômica e Responsabilidade Social Empresarial. Procurador de Justiça no Paraná.

PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987) e doutorado em Direito - Universität Friedrich- Alexander Erlangen-Nürnberg (1987). Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Graduação em Direito pela Universidade de Taubaté (1977). Livre-Docente em Direito pela PUC-SP (1992). Atualmente é Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1994) e Professor Titular da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) (2006). Coordenador do Núcleo de Direitos Difusos e Coletivos do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-SP. Vice-Chefe do Departamento II (Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho) da Faculdade de Direito da PUC-SP. É sócio fundador - advogado - OAB-SP 51737 - do escritório de advocacia Nery Sociedade de Advogados. Professor colaborador permanente do Centro de Extensão Universitária e professor colaborador permanente do Instituto Brasileiro de Ensino e Pesquisa. Árbitro em arbitragens nacionais e internacionais. Membro da Academia Paulista de Direito (cadeira n. 25), da Academia Paulista de Letras Jurídicas (cadeira n. 54), fundador da União dos Juristas Católicos de São Paulo, da Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht (Alemanha), da International Association of Procedure Law, da Deutsch-Brasilianische Juristen Vereinigung, da Asociación Iberoamericana de Derecho Procesal, da Academia Brasileira de Direito Civil, da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS). Co-autor dos Projetos que se converteram na Lei da Ação Civil Pública (L 7347/85) e no Código de Defesa do Consumidor (L 8078/90). Autor consagrado, com mais de 100 obras publicadas.

PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER

Doutorado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1993). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (Desde julho de 2013). Professor de Direito Tributário do Mestrado, da Especialização e da Graduação nas Faculdades Integradas do Brasil (Unibrasil). Foi professor colaborador do programa de mestrado em direito do Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP/DF) em 2012 e 2013. Foi Vice-Coordenador do Programa de Mestrado em Direito da UniBrasil (2010-2011). Foi Conselheiro Titular da 7ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - Carf (2003-2005). Foi

Instituto Memória

Conselheiro Estadual da OAB/PR. Foi Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná/PR até junho de 2013.

PROF. DR. PAULO BRENO NORONHA LIBERALESSO

Doutorado em Distúrbios da Comunicação (2007/2011) pela Universidade Tuiuti do Paraná. Mestrado em Neurociências (2003/2004) pela Universidade Federal de São Paulo. Pós-graduação em Epileptologia (2002/2003) pela Universidade Federal de São Paulo. Residência médica em Pediatria (1999/2000) e Residência médica em Neuropediatria (2001/2002) pelo Hospital Pequeno Príncipe, Curitiba, PR, Brasil. Graduação em Medicina (1998). Supervisor do Programa de Residência Médica em Neuropediatria (Nível R3 / R4) do Hospital Pequeno Príncipe. Médico do Departamento de Neurologia Pediátrica e do Serviço de Neurofisiologia / Eletrencefalografia / Vídeo-EEG do Hospital Pequeno Príncipe. Presidente do Departamento de Neurologia da Sociedade Paranaense de Pediatria (2010-2012). Presidente do Departamento de Residências Médicas da Sociedade Paranaense de Pediatria (2010-2012). Membro Efetivo do Departamento de Neurologia da Sociedade Brasileira de Pediatria (2013-).

PROF. DR. PAULO RICARDO OPUSZKA

Doutorado em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito (2006). Bacharelado em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal de Santa Maria. Professor Convidado do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Foi Professor de Direito Econômico na Escola da Magistratura Federal do Paraná. Professor convidado da Especialização em Direito do Trabalho, Processo e Mercado do Centro de Estudos Jurídicos do Paraná. É professor licenciado de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade Campo Real de Guarapuava/PR. Superintendente do Instituto Municipal de Administração Pública do Município de Curitiba de 2013-2015.

PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ

Doutorado em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestrado em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. Professor da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, UFMS, Brasil.

PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI

Doutorado em Direito pela UFPR. Professor titular de Direito Penal da UFPR. Professor de Direito Processual Penal no curso de pós-graduação da Universidade Federal do Paraná. Vice-Presidente do Comitê Científico da Associação Internacional de Direito Penal. Presidente Honorário do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP – Brasil). Presidente da Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Presidente de Honra para o Brasil do Instituto Panamericano de Política Criminal – IPAN. Membro da Sociedade Mexicana de Criminologia. Coautor do anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal (Lei n.º 7.209, de 11.07.1984). Coautor do anteprojeto da Lei de Execução Penal do Brasil (Lei n.º 7.210, de 11.07.1984). Relator do anteprojeto de nova lei de imprensa (Comissão da Ordem dos

Instituto Memória

Advogados do Brasil. Publicado no Diário do Congresso Nacional, n.º 103, seção II, de 14.08.1991). Membro da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal (Portaria n.º 581, de 10.12.1992, do Ministro da Justiça). Membro da Comissão instituída pela Escola Nacional da Magistratura para a reforma do Código de Processo Penal. Membro da Comissão instituída pelo Ministro da Justiça para promover estudos e propor soluções com vista à simplificação da Lei de Execução Penal. Ex-membro do Conselho Diretor do Instituto Latino-americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente. Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Ex-Magistrado do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Ex-Secretário de Estado da Cultura.

PROF. DR. RICARDO LEHTONEN RODRIGUES DE SOUZA

Doutorado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (2001). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1995). Graduação em Ciências Biológicas pela Universidade Federal do Paraná (1991). Atualmente é professor associado da Universidade Federal do Paraná, foi coordenador do Programa de Pós-Graduação em Genética de 2011 a 2015. Foi Presidente do Fórum de Coordenadores de Pós-Graduação da UFPR e membro do Conselho de Ensino e Pesquisa e Extensão. Tem experiência na área de Genética, com ênfase em Genética Humana e Médica, atuando principalmente nos seguintes temas: butirilcolinesterase, variabilidade genética, genética, diabetes, genética de populações, obesidade e doença de Alzheimer.

PROF. DR. ROLAND HASSON

Doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Procurador do Estado do Paraná, Professor Titular de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da PUC/PR – Graduação – Mestrado e Doutorado. Ex-vice-presidente de assuntos institucionais da GVT. Autor de referenciais obras jurídicas. Apontado dentre os 'Advogados Mais Admirados do Brasil' pela Revista Análise Advocacia 2016.

PROF. DR. RUI FERNANDO PILOTTO

Doutorado em Genética pela Universidade Estadual de Campinas (1991). Mestrado em Genética pela Universidade Federal do Paraná (1973). Graduação em Medicina pela Universidade Federal do Paraná (1983). Graduação em História Natural - Biologia pela Universidade Federal do Paraná (1969). Atualmente é Professor Associado IV do Departamento de Genética do Setor de Ciências Biológicas da Universidade Federal do Paraná. Professor e Coordenador das Disciplinas BG-020 Genética Médica - Optativa - Medicina; BG-033 Temas Especiais de Genética Aplicados à Psicologia - Optativa - Psicologia; BG-037 Genética e Evolução - Medicina - Obrigatória. Responsável pelo Serviço de Genética Médica do Hospital de Clínicas da UFPR. Diretor Científico da Fundação Ecumênica de Proteção ao Excepcional (FEPE), onde é realizado o Teste do Pezinho do Estado do Paraná. Coordenador Nacional de Prevenção e Saúde da Federação das Apaes do Estado do Paraná (2012-). Vice-Coordenador do Curso de Medicina da UFPR (2012-). Tem experiência na área de Genética Médica e Clínica, com ênfase no Aconselhamento Genético.

Instituto Memória

PROFA. DRA. SARA PETROCCIA

Research Fellow - Ph.D - Gabriele d'Annunzio University, Chieti- Pescara, Italy. Department of Psychological Science, Health and Territory. Research Interest: Globalization, Multiculturalism and International Migration, Citizenship and Identity, Development Model and Policies for Sustainability. Medal, awarded by the President of Italy, for the studies and the support to ethnolinguistic minorities through Ethnoi Festival. Membership in Professional Associations: World Complexity Science Academy, Chief Communications Officer; International Sociological Association – ISA, Member; Membro dell' European Sociological Association –ESA, Member; Membro dell'Associazione Italiana di Sociologia – AIS, Member; Società Linguistica Europea - SLE, Member. Lee Iacocca Foundation, Lehigh University, PA –USA, Global Village on the Move Programme, Director, 2012.

PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN

Doutorado em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Mestrado em História pela Universidade Federal do Paraná (1975). Graduação em História (Licenciatura) pela Universidade Federal do Paraná (1966). Atualmente é Professor do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Paraná, membro da Associação Paranaense de História, da Associação Nacional de História, da Asociación Latinoamericana de Población, da Associação Brasileira de Estudos Populacionais, da Societe de Demographie Historique e da Union Internationale pour l'Etude Scientifique de la Population. Sua experiência na área de História prioriza a História das Populações, atuando principalmente nos seguintes temas: história social da população, crítica de fontes paroquiais, regimes demográficos no passado, imigração germânica, processos de nominação e história da família com ênfase nas metodologias oriundas da demografia histórica.

PROF. DR. SIDNEY GUERRA

Pós-Doutorado pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra e Pós-Doutorado pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PACC/UFRJ). É Doutor, Mestre e Especialista em Direito. Professor Associado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ). Professor de diversos Programas de Doutorado e Mestrado, Nacionais e Internacionais, e professor convidado do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), tendo, ainda, lecionado em diversas instituições jurídicas nacionais, a exemplo da Escola Superior do Ministério Público Federal, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e de várias Universidades estrangeiras: Universidade Interamericana de Porto Rico, Universidade Católica de Córdoba, Universidade de Burgos e também na Universidade de Havana. Autor renomado.

PROF. DR. TÁRSIS NAMETALA SARLO JORGE

Doutorado e mestrado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com especialização em Direito Previdenciário. Procurador Federal de Categoria Especial da Advocacia Geral da União. Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros, integrante da Comissão de Seguridade Social. Professor, Palestrante e Conferencista.

Instituto Memória

PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR

Pós-doutorado em Direito pelo Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2015). Doutorado pela ITE - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2012). Mestrado pela PUC - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2001). Graduação (1996) no UNIVEM - Centro Universitário "Eurípides Soares da Rocha" de Marília-SP. Vice-coordenador do Mestrado (2013), Professor do Mestrado (2012), Professor da Graduação (1999). Advoga desde 1996.

PROFA. DRA. VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

Doutorado em Direito do Estado pela PUC-SP. Mestrado em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Especialização em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

PROF. DR. WAGNER MENEZES

Pós-doutorado (Universidade de Pádova - Itália). Doutorado (USP). Mestrado (PUCPR). Livre-Docente (USP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, no programa de graduação e pós-graduação em Direito. Realizou pesquisa e estágio junto ao Tribunal Internacional Sobre Direito do Mar - Hamburgo, Alemanha - ITLOS (2007). Atualmente é árbitro do Tribunal do Mercosul (Protocolo de Olivos) - Presidente da ABDI - Academia Brasileira de Direito internacional; Coordenador do Congresso Brasileiro de Direito Internacional; Membro da Sociedade Brasileira de Direito Internacional - Diretor executivo da Sociedade Latino Americana de Direito Internacional (SLADI). Editor-Chefe do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (Revista jurídica fundada em 1915) e dirige junto a Universidade de São Paulo o Núcleo de Estudos em Tribunais Internacionais - NETI.

Instituto Memória



O "V Congresso Internacional de DDHH y DIH y III Congreso por la Paz", realizado entre os dias 11 e 12 de setembro de 2018, na Universidad Catolica de Colombia – UCC, Bogotá/Colômbia, deu origem à vasta produção de textos acadêmicos da mais elevada envergadura, dos quais a compilação rendeu ensejo a este notável livro, cuja proposta é levar conhecimento de qualidade indubitável aos leitores.

Eventos desse porte, em que está presente o intenso intercâmbio de saber entre participantes de diferentes comunidades científicas da América Latina, permitem-nos uma visão diversificada não só sobre assuntos jurídicos, mas também de sua ligação com a Paz e a Liberdade dos povos, temas inatingíveis sem o fomento da educação, pilar de qualquer sociedade civilizada desde os primórdios dos tempos.

Luiz Carlos de Macedo Soares

Reitor do UNIVEM

Fátima Aparecida da Cruz Padoan

Reitora da UENP

ISBN 978-85-5523-253-4



9 788555 232534 >



Instituto Memória

Centro de Estudos da Contemporaneidade

www.institutomemoria.com.br